

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Alain Béland and Bruce Phillips *Respondents*

INDEXED AS: R. V. BÉLAND

File No.: 18856.

1987: March 31; 1987: October 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

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

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

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

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

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

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Alain Béland et Bruce Phillips *Intimés*

a RÉPERTORIÉ: R. C. BÉLAND

Nº du greffe: 18856.

1987: 31 mars; 1987: 15 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

By McIntyre J.

Followed: *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18; **considered:** *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; **referred to:** *R. v. Burkart*; *R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210; *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70; *Jones v. South-Eastern and Chatham Railway* (1917), 87 L.J.K.B. 775; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Hardy* (1994), 24 St. Tr. 199; *R. v. Barbour*, [1938] S.C.R. 465; *R. v. Close* (1982), 68 C.C.C. (2d) 105; *R. v. McFadden* (1981), 65 C.C.C. (2d) 9; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34.

By Wilson J. (dissenting on the merits)

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

Statutes and Regulations Cited

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

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

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

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

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

d **Arrêt suivi:** *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18; **arrêts examinés:** *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103; *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224; **arrêts mentionnés:** *R. v. Burkart*; *R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210; *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425; *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70; *Jones v. South-Eastern and Chatham Railway* (1917), 87 L.J.K.B. 775; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *R. v. Hardy* (1994), 24 St. Tr. 199; *R. v. Barbour*, [1938] R.C.S. 465; *R. v. Close* (1982), 68 C.C.C. (2d) 105; *R. v. McFadden* (1981), 65 C.C.C. (2d) 9; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34.

e Citée par le juge Wilson (dissidente sur le fond)

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

Lois et règlements cités

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

Authors Cited

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

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

Jean-François Dionne and François Landry, for the appellants

Vincent Rose and Joseph Elfassy, for the respondent Béland.

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

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

Doctrine citée

- Abbell, Michael. «Polygraph Evidence: The Case Against Admissibility in Federal Criminal Trials» (1977), 15 *Am. Crim. L. Rev.* 29.
- ^a Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 6th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1985.
- Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.
- ^b Elliott, D. W. «Lie-Detector Evidence: Lessons from the American Experience». In *Well and Truly Tried*. Edited by Enid Campbell and Louis Waller. Sydney, Australia: Law Book, 1982.
- Holdsworth, Sir William Searle. *A History of English Law*, vol. 1, 7th ed. Edited by A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen, 1956.
- ^c McCormick, Mark. «Scientific Evidence: Defining a New Approach to Admissibility» (1982), 67 *Iowa L. Rev.* 879.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984.
- ^d Phipson, Sidney Lovell. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By John Huxley Buzzard, Richard May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.
- Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1983.
- ^e Walsh, William Francis. *Outlines of the History of English and American Law*. New York: New York University Press, 1926.
- ^f Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4. Revised by James H. Chadbourn. Toronto: Little, Brown & Co., 1972.
- ^g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1984] C.A. 443, 15 D.L.R. (4th) 89, 16 C.C.C. (3d) 462, 40 C.R. (3d) 193, qui a accueilli l'appel interjeté par les accusés contre leur déclaration de culpabilité d'avoir comploté en vue de commettre un vol qualifié contrairement à l'art. 423 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, les juges Lamer et Wilson sont dissidents sur le fond.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

He continued, at p. 25:

Il poursuit, à la p. 25:

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

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

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

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

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

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

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

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

General Rule Against Oath-helping

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

À mon avis, M. Reid ne disposait pas des moyens nécessaires et n'était pas qualifié pour donner une opinion assurée sur la propension de la personne interrogée à dire ou non la vérité. Toutefois, son opinion se fonde non pas sur les déclarations de l'appelant, mais sur son interprétation d'expert des données fournies par l'appareil. Il est certain que si les déclarations avaient été faites à M. Reid uniquement, elles auraient été irrecevables comme étant manifestement intéressées et en tant que preuve de «seconde main» visant à établir leur propre véracité, au nom d'un accusé qui n'a pas jugé opportun de témoigner. Je ne suis pas disposé à conclure, à la lumière de la preuve déposée en l'espèce, que la simple présence d'un détecteur de mensonges et d'un expert en ces matières rende ces déclarations recevables.

En jugeant une telle preuve recevable, on permettrait à tout accusé ayant fait des aveux de choisir de ne pas nier sous serment la véracité de ceux-ci et de substituer à son propre témoignage les données fournies par un appareil aux mains d'un expert qui, pour sa part, se fonde uniquement sur le bon fonctionnement dudit appareil pour déterminer la véracité des réponses données.

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

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

Règle générale s'opposant aux témoignages justificatifs

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

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

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

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

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

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

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

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

h
j

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

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

i
j

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Rule Against Past Consistent Statements

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

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

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

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

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

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

La règle interdisant la production de déclarations antérieures compatibles

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ne relève d'aucune exception reconnue à l'application de la règle, c'est-à-dire les situations où une telle preuve peut être admise pour réfuter l'allégation de fabrication récente ou pour établir l'état

a physique, mental ou émotionnel, elle doit être écartée. On courrait autrement le risque de voir le procès consacré à une étude de questions incidentes qui prendrait beaucoup de temps, sèmerait la confusion, et ferait dévier les procédures de l'examen de la question fondamentale de la culpabilité ou de l'innocence. Ce point de vue est résumé par D. W. Elliott dans «Lie-Detector Evidence: Lessons from the American Experience» dans *Well and Truly Tried* (1982), aux pp. 129 et 130:

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

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

considerations upon which the rule is based are as applicable to polygraph evidence as to other statements. The repetition of statements by another witness adds nothing to their weight and reliability. The ultimate decision as to the truth or falsity of the evidence of a witness must rest upon the exercise of the judgment of the trier of fact. This is as true of evidence of polygraph tests as of any other evidence. In the last analysis, the trier of fact must reach its conclusion on the basis of the evidence given by a human being in court. The evidence of the polygraph operator if heard by the trier of fact adds nothing to the earlier statement of the witness which is sought to be supported.

déclarations extrajudiciaires d'un témoin. Chacune des considérations qui sous-tendent cette règle s'applique avec autant de force à la preuve obtenue par détecteurs de mensonges qu'à d'autres déclarations. Ce n'est pas parce qu'elles sont répétées par un autre témoin que des déclarations acquièrent un poids et une fiabilité accrus. La décision finale quant à la véracité ou à la fausseté d'un témoignage doit reposer sur le jugement dont fait preuve le juge des faits. Cela vaut autant pour la preuve recueillie au moyen de tests par détecteurs de mensonges que pour n'importe quelle autre preuve. Le juge des faits doit en dernière analyse arriver à sa conclusion en se fondant sur la déposition faite par un être humain devant le tribunal. Du point de vue du juge des faits, le témoignage de l'expert en détecteurs de mensonges n'ajoute rien à la déclaration antérieure du témoin, que l'on cherche à corroborer.

Rule Relating to Character Evidence

A further rule which is related to the rule against oath-helping, and consistent with it in general application, is that concerning the use of character evidence. McWilliams, *supra*, at p. 275, expresses the rule as it relates to the Crown's position in these terms:

It is a fundamental principle of the English common law that the prosecution is not allowed to prove that an accused had committed the offence with which he is charged by evidence that he is a person of bad character and one who is in the habit of committing crimes. Proof of guilt of the accused is limited to the transaction which forms the charge upon which he is being tried.

This proposition is subject, however, to the qualification that where an accused person puts his good character in issue in the case the Crown may then bring evidence of bad character. There has been controversy as to how an accused could put his character into issue. According to the early view, in giving character evidence he was limited to evidence of general reputation, rather than of specific incidents of good conduct. This position was somewhat at odds with the view expressed by Duff C.J. in *R. v. Barbour*, [1938] S.C.R. 465, where he said, at p. 469:

e Une autre règle qui s'apparente à la règle interdisant les témoignages justificatifs et qui se révèle généralement compatible avec elle est celle concernant l'utilisation d'une preuve de moralité. McWilliams, précité, à la p. 275, énonce de la manière suivante la règle en tant qu'elle se rapporte à la position du ministère public:

f [TRADUCTION] La *common law* anglaise pose comme principe fondamental que la poursuite ne saurait produire, pour établir qu'un accusé a commis l'infraction qu'on lui impute, une preuve qui fait ressortir sa mauvaise moralité et ses habitudes criminelles. La preuve de la culpabilité de l'accusé se limite à l'affaire qui donne naissance à l'accusation relativement à laquelle il se fait juger.

Cette proposition souffre toutefois une restriction: g lorsqu'un accusé met sa moralité en cause, il est alors loisible au ministère public de présenter une preuve de sa mauvaise moralité. Déterminer comment un accusé pourrait mettre sa moralité en cause est une question controversée. Autrefois, l'accusé qui présentait une preuve de moralité devait se limiter à une preuve de réputation générale plutôt que de mentionner des exemples précis de bonne conduite. Cette position est plutôt en conflit avec l'opinion exprimée par le juge en chef Duff dans l'arrêt *R. v. Barbour*, [1938] R.C.S. 465, à la p. 469:

Of course, a much wider latitude is allowed the accused, who may adduce any evidence, of good character for example, tending to show, not only that it was not likely that he committed the crime charged but that he was not the kind of person likely to do so.

More recent decisions have developed a compromise between the two extremes expressed above. Brooke J.A. in *R. v. Close* (1982), 68 C.C.C. (2d) 105 (Ont. C.A.), at p. 113, observed that "It is difficult to see how an accused could give evidence of his own reputation" and the courts have thus accorded a wider scope to an accused. In *R. v. McFadden* (1981), 65 C.C.C. (2d) 9 (B.C.C.A.), Craig J.A. said, at p. 13:

The purpose of evidence of good character is to show the accused is a person who is not likely to have committed the act with which he is charged and, also, to enhance his credibility. An accused may adduce evidence of good character (1) by calling witnesses; (2) by cross-examining Crown witnesses on the subject; (3) by giving testimony. Normally, he may lead evidence of good character by adducing evidence only of his general reputation, not by adducing evidence of specific acts which might tend to establish his character. The Crown may call evidence of bad character in rebuttal, but such evidence, also, must relate only to general reputation: *R. v. Rowton* (1865), Le. & Ca. 520, 169 E.R. 1497. An accused may put his character in issue in the course of giving his testimony, not by giving evidence of his general reputation, but by making assertions which tend to show that he is a person of good character, particularly with regard to the aspect of his character which is in issue.

See, as well, *R. v. McNamara* (No. 1) (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.), at p. 348:

Mr. Robinette also argued that character means general reputation and that the accused can only put his character in issue by adducing evidence of general reputation. With respect, we do not agree. The common law rule was that evidence of good character could only be given by evidence of reputation, and could only be rebutted by evidence of reputation and not by specific acts of bad conduct: *R. v. Rowton* (1865), Le & Ca. 520, 169 E.R. 1497. That rule was, however, established at a time when the accused could not himself give evidence. A long series of cases in England (two of

[TRADUCTION] Bien sûr, on laisse à l'accusé une latitude beaucoup plus grande et il peut apporter n'importe quelle preuve, par exemple une preuve de moralité, tendant à démontrer non seulement qu'il est peu probable qu'il ait commis le crime imputé, mais aussi qu'il n'était pas une personne enclue à le faire.

Une jurisprudence plus récente a établi un moyen terme entre les deux extrêmes exposés ci-dessus. Le juge Brooke de la Cour d'appel, dans l'arrêt *R. v. Close* (1982), 68 C.C.C. (2d) 105 (C.A. Ont.), à la p. 113, a dit qu' [TRADUCTION] «on conçoit mal comment un accusé peut témoigner de sa propre réputation» et les tribunaux ont en conséquence laissé une plus grande marge aux accusés. Dans l'arrêt *R. v. McFadden* (1981), 65 C.C.C. (2d) 9 (C.A.C.-B.), le juge Craig a dit, à la p. 13:

[TRADUCTION] La preuve de moralité a pour but de démontrer que l'accusé est une personne qui n'aurait probablement pas commis l'acte dont elle se trouve inculpée et aussi de renforcer sa crédibilité. Un accusé peut prouver sa moralité (1) en citant des témoins, (2) en contre-interrogeant à ce sujet les témoins à charge et (3) en témoignant lui-même. Normalement il ne lui est loisible d'établir sa moralité que par une preuve de sa réputation générale et non pas par une preuve d'actes précis pouvant tendre à démontrer sa moralité. Le ministère public peut présenter une contre-preuve de mauvaise moralité, mais cette contre-preuve doit-elle aussi se rapporter uniquement à la réputation générale: *R. v. Rowton* (1865), Le. & Ca. 520, 169 E.R. 1497. Il est permis à un accusé de mettre sa moralité en cause au cours de sa déposition, non pas en témoignant relativement à sa réputation générale, mais en faisant des assertions tendant à démontrer qu'il est une personne de bonne moralité, particulièrement en ce qui concerne l'aspect précis de sa moralité qui est en cause.

Voir en outre l'arrêt *R. v. McNamara* (No. 1) (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.), à la p. 348:

[TRADUCTION] M^e Robinette a fait valoir en outre qu'il faut entendre par moralité la réputation générale et que l'accusé ne peut mettre sa moralité en cause qu'en produisant une preuve de sa réputation générale. Avec égards, nous ne sommes pas d'accord. En *common law*, la règle voulait que la preuve de bonne moralité ne puisse être apportée que sous la forme d'une preuve de réputation et ne puisse être réfutée que par une preuve de réputation et non par une preuve d'actes précis de mauvaise conduite: *R. v. Rowton* (1865), Le & Ca. 520, 169 E.R. 1497. Cette règle a toutefois été posée à une

which were cited with approval in *Morris v. The Queen, supra*) have held that an accused may put his character in issue by testifying as to his good character. The word "character" in the *Criminal Evidence Act, 1898* has uniformly been held to mean not only reputation, but actual moral disposition: *Cross on Evidence*, 4th ed. (1974), p. 426; *Phipson on Evidence*, 12th ed. (1976), p. 218. It is true that when the accused wishes to adduce extrinsic evidence of good character by calling witnesses, such evidence is confined to evidence of general reputation, but that has no application where the accused himself gives the evidence.

époque où l'accusé ne pouvait pas témoigner lui-même. Une longue série de décisions anglaises (dont deux ont été citées et approuvées dans la décision *Morris v. The Queen*, précitée) ont établi qu'un accusé peut mettre sa moralité en cause en témoignant de sa bonne moralité. Il a été jugé systématiquement que le terme «moralité» employé dans la *Criminal Evidence Act, 1898* signifie non seulement la réputation, mais aussi le sens moral: *Cross on Evidence* 4th ed. (1974), à la p. 426; *Phipson on Evidence*, 12th ed. (1976), à la p. 218. Il est vrai que lorsque l'accusé désire produire une preuve extrinsèque de sa bonne moralité en citant des témoins, cette preuve doit se limiter à une preuve de sa réputation générale, mais cette règle ne s'applique pas quand c'est l'accusé lui-même qui témoigne.

The position is summarized by McWilliams, *supra*, at p. 282, in these terms:

When the defence seeks to put the character of the accused in issue by cross-examination of prosecution witnesses, or by calling defence witnesses other than the accused it is submitted that the rule should be strictly enforced, that is, it is confined to evidence of general reputation. However, when the accused himself puts his character in issue he is not so confined.

An example of the attempted use of character evidence to support the credibility of a witness has already been cited in *R. v. Clarke, supra*. What is the consequence of this rule in relation to polygraph evidence? Where such evidence is sought to be introduced it is the operator who would be called as the witness and it is clear, of course, that the purpose of his evidence would be to bolster the credibility of the accused and, in effect, to show him to be of good character by inviting the inference that he did not lie during the test. In other words, it is evidence not of general reputation but of a specific incident and its admission would be precluded under the rule. It would follow, then, that the introduction of evidence of the polygraph test would violate the character evidence rule.

McWilliams, précité, à la p. 282, résume le principe en les termes suivants:

[TRADUCTION] Lorsque la défense cherche à mettre la moralité de l'accusé en cause en contre-interrogeant les témoins à charge ou en faisant déposer des témoins à décharge autres que l'accusé, la règle devrait être appliquée strictement, c'est-à-dire qu'il faut s'en tenir à une preuve de la réputation générale. Cette restriction ne joue cependant pas quand c'est l'accusé lui-même qui met sa moralité en cause.

L'affaire *R. v. Clarke*, précitée, représente un exemple d'une tentative de se servir d'une preuve de moralité pour appuyer la crédibilité d'un témoin. Quel effet la règle a-t-elle sur la preuve par détecteurs de mensonges? Lorsqu'on essaie de produire une telle preuve c'est l'expert en détecteurs de mensonges qui sera cité comme témoin et sa déposition aura évidemment pour but d'étayer la crédibilité de l'accusé et, en fait, de démontrer sa bonne moralité en donnant à entendre qu'il n'a pas menti au cours du test. En d'autres termes, il s'agit d'une preuve non pas de la réputation générale mais d'un incident précis qui, en tant que telle, sera écartée en vertu de la règle. Il s'ensuit donc que la production en preuve du test par détecteur de mensonges constituerait une violation de la règle relative à la preuve de moralité.

Expert Evidence

It was also argued that the polygraph evidence was receivable as expert evidence. The polygraph operator, as an expert, was trained and qualified to give his opinion as to the veracity of the witness, based solely on his interpretation of the signifi-

La preuve d'expert

On a soutenu en outre que la preuve obtenue par détecteurs de mensonges était admissible en tant que preuve d'expert. L'opérateur en tant qu'expert en détecteurs de mensonges était compétent et qualifié pour exprimer son opinion quant à la

cance of the responses made by the witness to the questions put on the examination.

The role of the expert witness was defined in this Court in *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24. Speaking for the Court, Dickson J. (as he then was) said, at p. 42:

With respect to matters calling for special knowledge, an expert in the field may draw inferences and state his opinion. An expert's function is precisely this: to provide the judge and jury with a ready-made inference which the judge and jury, due to the technical nature of the facts, are unable to formulate. "An expert's opinion is admissible to furnish the Court with scientific information which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. If on the proven facts a judge or jury can form their own conclusions without help, then the opinion of the expert is unnecessary" (*Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80, at p. 83, *per* Lawton L.J.)

It was said in *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34, at p. 40, by Lord Cooper:

Their duty is to furnish the Judge or jury with the necessary scientific criteria for testing the accuracy of their conclusions, so as to enable the Judge or jury to form their own independent judgment by the application of these criteria to the facts proved in evidence.

The function of the expert witness is to provide for the jury or other trier of fact an expert's opinion as to the significance of, or the inference which may be drawn from proved facts in a field in which the expert witness possesses special knowledge and experience going beyond that of the trier of fact. The expert witness is permitted to give such opinions for the assistance of the jury. Where the question is one which falls within the knowledge and experience of the triers of fact, there is no need for expert evidence and an opinion will not be received.

Here, the sole issue upon which the polygraph evidence is adduced is the credibility of the accused, an issue well within the experience of judges and juries and one in which no expert

véridicité du témoin, en se fondant uniquement sur son interprétation du sens des réponses données par le témoin aux questions posées dans le cadre du test.

^a Le rôle d'un témoin expert a été précisé par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24. Parlant au nom de la Cour, le juge Dickson (alors juge puîné) a dit, à la p. 42:

^b Quant aux questions qui exigent des connaissances particulières, un expert dans le domaine peut tirer des conclusions et exprimer son avis. Le rôle d'un expert est précisément de fournir au juge et au jury une conclusion toute faite que ces derniers, en raison de la technicité des faits, sont incapables de formuler. [TRADUCTION]

^c «L'opinion d'un expert est recevable pour donner à la cour des renseignements scientifiques qui, selon toute vraisemblance, dépassent l'expérience et la connaissance d'un juge ou d'un jury. Si, à partir des faits établis par la preuve, un juge ou un jury peut à lui seul tirer ses propres conclusions, alors l'opinion de l'expert n'est pas nécessaire» (*Turner* (1974), 60 Crim. App. R. 80, à la p. 83, le lord juge Lawton).

^d Lord Cooper a affirmé dans la décision *Davie v. Magistrates of Edinburgh*, [1953] S.C. 34, à la p. 40:

[TRADUCTION] Il leur incombe de fournir au juge ou au jury les critères scientifiques nécessaires pour vérifier l'exactitude de leurs conclusions, afin de permettre au juge ou au jury de former sa propre opinion par l'application de ces critères aux faits établis par la preuve.

^e Le rôle du témoin expert consiste à mettre à la disposition du jury ou de tout autre juge des faits son opinion d'expert sur le sens de faits établis, ou sur les conclusions à en tirer, dans un domaine où le témoin expert possède des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits. Il est permis au témoin expert d'exprimer de telles opinions pour aider le jury. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une question qui relève des connaissances et de l'expérience du juge des faits, point n'est besoin du témoignage d'un expert et, à ce moment-là, aucune opinion d'expert ne sera admise.

^f En l'espèce la seule question relativement à laquelle on présente une preuve obtenue par détecteurs de mensonges est celle de la crédibilité des accusés, question qui relève clairement de l'expé-

evidence is required. It is a basic tenet of our legal system that judges and juries are capable of assessing credibility and reliability of evidence. This question has been the subject of a comment by Michael Abbell in "Polygraph Evidence: The Case Against Admissibility in Federal Criminal Trials" (1977), 15 *Am. Crim. L. Rev.* 29, who said, at p. 55:

Witness or defendant veracity has seldom been viewed a technical issue on which 'untrained' laymen are unqualified to reach intelligent determinations after being exposed to all of the evidence in a case. Indeed, it has been the traditional function of jurors in our system to apply their own daily experiences to the testimony and the other evidence presented to them to determine which witnesses are truthful. It is the jurors' own "expertise" in conducting their personal and business affairs which our judicial system has long regarded as making them specially qualified to make this determination.

I adopt these words, and I am therefore of the view that polygraph evidence aimed at supporting the credibility of the accused is not receivable as evidence in Canada.

In conclusion, it is my opinion, based upon a consideration of rules of evidence long established and applied in our courts, that the polygraph has no place in the judicial process where it is employed as a tool to determine or to test the credibility of witnesses. It is frequently argued that the polygraph represents an application of modern scientific knowledge and experience to the task of determining the veracity of human utterances. It is said that the courts should welcome this device and not cling to the imperfect methods of the past in such an important task. This argument has a superficial appeal but, in my view, it cannot prevail in the face of the realities of court procedures.

I would say at once that this view is not based on a fear of the inaccuracies of the polygraph. On

rience de juges et de jurys et à l'égard de laquelle aucune preuve d'expert n'est nécessaire. L'un des principes fondamentaux de notre système juridique porte que les juges et les jurys sont compétents pour déterminer la crédibilité et la fiabilité d'une preuve. Cette question a été commentée par Michael Abbell dans «Polygraph Evidence: The Case Against Admissibility in Federal Criminal Trials» (1977), 15 *Am. Crim. L. Rev.* 29. À la page 55, il fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] La véracité d'un témoin ou d'un accusé a été rarement considérée comme une question technique sur laquelle des profanes «sans formation» n'ont pas compétence pour répondre intelligemment après avoir été saisis de l'ensemble de la preuve dans une affaire. Ce sont d'ailleurs les fonctions traditionnelles des jurés dans notre système d'appliquer leur propre expérience de la vie quotidienne aux témoignages et aux autres éléments de preuve produits devant eux, afin d'arriver à déterminer quels témoins disent la vérité. «C'est l'expertise des jurés» dans la conduite de leurs affaires personnelles et commerciales qui fait que, dans notre système judiciaire, ils sont depuis longtemps jugés particulièrement compétents pour faire la détermination qui leur incombe.

Je fais miennes ces observations et j'estime en conséquence qu'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges visant à soutenir la crédibilité d'un accusé n'est pas admissible en preuve au Canada.

En conclusion, ayant examiné les règles de preuve bien établies et appliquées depuis longtemps par nos tribunaux, je suis d'avis que le détecteur de mensonges n'a pas de place dans le processus judiciaire dans la mesure où l'on s'en sert comme moyen de déterminer ou de vérifier la crédibilité de témoins. On dit souvent que le détecteur de mensonges représente une application des connaissances et de l'expérience scientifiques modernes à la détermination de la véracité de déclarations humaines. Étant donné l'importance de leur tâche, les tribunaux, affirme-t-on, devraient accueillir cet appareil plutôt que de s'accrocher aux méthodes imparfaites du passé. Bien que cet argument puisse séduire à première vue, selon moi, la réalité de la procédure judiciaire vient empêcher qu'il soit retenu.

Je m'empresse de préciser que cette opinion ne repose nullement sur une crainte des inexactitudes

that question we were not supplied with sufficient evidence to reach a conclusion. However, it may be said that even the finding of a significant percentage of errors in its results would not, by itself, be sufficient ground to exclude it as an instrument for use in the courts. Error is inherent in human affairs, scientific or unscientific. It exists within our established court procedures and must always be guarded against. The compelling reason, in my view, for the exclusion of the evidence of polygraph results in judicial proceedings is two-fold. First, the admission of polygraph evidence would run counter to the well established rules of evidence which have been referred to. Second, while there is no reason why the rules of evidence should not be modified where improvement will result, it is my view that the admission of polygraph evidence will serve no purpose which is not already served. It will disrupt proceedings, cause delays, and lead to numerous complications which will result in no greater degree of certainty in the process than that which already exists.

du détecteur de mensonges, question sur laquelle on ne nous a pas présenté une preuve suffisante pour que nous puissions nous prononcer. On peut néanmoins faire remarquer que même une conclusion à l'existence d'un pourcentage important d'erreurs dans les résultats ne constituerait pas en soi un motif suffisant pour en interdire l'usage devant les tribunaux. L'erreur est inhérente aux affaires humaines, scientifiques ou non scientifiques. La procédure établie de nos tribunaux n'en est pas exempte non plus, c'est pourquoi il faut toujours se montrer vigilant. À mon sens, deux raisons impérieuses militent en faveur de l'exclusion dans les procédures judiciaires de toute preuve formée par les résultats de tests par détecteurs de mensonges. En premier lieu, l'admission d'une preuve obtenue au moyen du détecteur de mensonges irait à l'encontre des règles de preuve bien établies qu'on a déjà mentionnées. En deuxième lieu, quoique rien ne s'oppose à ce que les règles de preuve soient modifiées lorsque cela entraîne des améliorations, j'estime que l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne servira aucune fin qui n'est pas déjà servie. De plus, elle perturbera les procédures, occasionnera des retards et créera de nombreuses complications, sans pour autant apporter au processus plus de certitude qu'on en trouve à présent.

Since litigation replaced trial by combat, the determination of fact, including the veracity of parties and their witnesses, has been the duty of judges or juries upon an evaluation of the statements of witnesses. This approach has led to the development of a body of rules relating to the giving and reception of evidence and we have developed methods which have served well and have gained a wide measure of approval. They have facilitated the orderly conduct of judicial proceedings and are designed to keep the focus of the proceedings on the principal issue, in a criminal case, the guilt or innocence of the accused. What would be served by the introduction of evidence of polygraph readings into the judicial process? To begin with, it must be remembered that however scientific it may be, its use in court depends on the human intervention of the operator. Whatever results are recorded by the polygraph instrument, their nature and significance

Depuis que le combat judiciaire a cédé le pas aux poursuites judiciaires, la détermination des faits, y compris la véracité des parties et de leurs témoins, incombe aux juges ou aux jurys qui, à cette fin, procèdent à une appréciation des déclarations des témoins. Cette façon de faire a engendré tout un ensemble de règles portant sur la production et l'admission de preuves et on a élaboré des méthodes qui se sont révélées efficaces et qui ont acquis un degré considérable d'approbation. Elles ont facilité la conduite ordonnée des procédures judiciaires et sont conçues de manière que les procédures ne s'écartent pas de la question fondamentale en litige, c'est-à-dire, dans une affaire criminelle, celle de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. À quoi servirait-il d'introduire à titre de preuve dans le processus judiciaire des résultats de tests par détecteurs de mensonges? En premier lieu, il faut se rappeler que toute scientifique que puisse être cette preuve, son utilisation devant le

reach the trier of fact through the mouth of the operator. Human fallibility is therefore present as before, but now it may be said to be fortified with the mystique of science. Then, it may be asked, what does it do? It provides evidence on the issue of the credibility of a witness. This has always been a collateral issue and one to be decided by the trier of fact. Is the trier of fact assisted by hearing, firstly from witness "A" that he was not present at the scene of the crime, and then from witness "B", a polygraph operator, that "A" was probably truthful? What would the result be, one may ask, if the polygraph operator concluded from his test that witness "A" was lying? Would such evidence be admissible, could it be excluded by witness "A", could it be introduced by the Crown? These are serious questions and they lead to others. Would it be open to the opponent of the person relying upon the polygraph to have a second polygraph examination taken for *his* purposes? If the results differed, which would prevail, and what right would there be for compelling the production of polygraph evidence in the possession of a reluctant party? It is this fear of turmoil in the courts which leads me to reject the polygraph. Like Porter C.J.O. in *Kyselka*, I would not wish to see a return to the method of pre-Norman trials where parties relied heavily upon oath-helpers who swore to their veracity. For a description of the role of the oath-helper in early times, see W. S. Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. 1, at pp. 305-8, and W. F. Walsh, *Outlines of the History of English and American Law* (1926), at pp. 99-100 (footnote II). I would seek to preserve the principle that in the resolution of disputes in litigation, issues of credibility will be decided by human triers of fact, using their experience of human affairs and basing judgment upon their assessment of the witness and on consideration of how an individual's evidence fits into the

tribunal dépend d'une intervention humaine, celle de l'expert en détecteurs de mensonges. Quels que soient les résultats enregistrés par le détecteur de mensonges, c'est par la bouche de l'expert que leur nature et leur sens sont communiqués au juge des faits. La faillibilité humaine est par conséquent toujours présente, mais on peut dire que maintenant elle est renforcée par la mystique de la science. On peut se demander alors à quoi cela sert-il? Il fournit une preuve sur la question de la crédibilité d'un témoin, ce qui n'a jamais été autre chose qu'une question incidente à trancher par le juge des faits. Cela aide-t-il donc le juge des faits si le témoin «A» affirme ne pas avoir été présent sur les lieux du crime et puis que le témoin «B», un expert en détecteurs de mensonges, déclare que «A» dit probablement la vérité? Quel serait le résultat, par exemple, si l'expert concluait de son test que le témoin «A» ment? Cette preuve serait-elle admissible? Pourrait-elle être exclue par le témoin «A»? Pourrait-elle être produite par le ministère public? Voilà des questions sérieuses qui en amènent d'autres encore. Serait-il loisible à l'adversaire de la personne qui s'appuie sur le détecteur de mensonges de faire procéder à un second test à *ses propres* fins? Si les résultats étaient différents, lesquels l'emporteraient et quel droit existerait-il de forcer la production d'une preuve obtenue par ce moyen qui se trouverait en la possession d'une partie qui ne voudrait pas la produire? C'est cette crainte de confusion devant les tribunaux qui me conduit au rejet du détecteur de mensonges. Pas plus que le juge en chef Porter dans l'arrêt *Kyselka*, je ne souhaite un retour à la méthode employée dans les procès antérieurement à la conquête normande où les parties comptaient beaucoup sur des témoins justificateurs qui juraient qu'elles disaient la vérité. Pour une description du rôle du témoin justificateur autrefois, voir W. S. Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. 1, aux pp. 305 à 308, et W. F. Walsh, *Outlines of the History of English and American Law* (1926), aux pp. 99 et 100 (note II). Je cherche à maintenir le principe selon lequel, dans le règlement de litiges devant les tribunaux, les questions de crédibilité doivent être tranchées par des juges des faits qui sont des êtres humains et qui utilisent leur expérience des affaires humaines.

general picture revealed on a consideration of the whole of the case.

For the above reasons, and following *Phillion, supra*, I would allow the Crown's appeal. I would set aside the order of the Court of Appeal and confirm the conviction recorded at trial.

The reasons of Lamer and Wilson JJ. were delivered by

WILSON J. (dissenting on the merits)—I have had the benefit of the reasons of my colleague, Justice McIntyre, on this appeal. He has set out the facts and the history of the case in the courts below and it is unnecessary for me to repeat them here.

My colleague gives four basic reasons for excluding the polygraph evidence in this case. They are:

- (1) the rule against oath-helping;
- (2) the rule against past consistent statements;
- (3) the rule relating to character evidence; and
- (4) the expert evidence rule.

I must respectfully disagree with him that these rules present a basis for excluding the polygraph evidence and I will comment briefly on each.

(1) The Rule Against Oath-helping

Oath-helping or compurgation was, as I understand it, a method used to prove one's case in pre-Norman England. The accused in a criminal case or the defendant in a civil case could prove his innocence by providing a certain number of compurgators who would swear to the truth of his oath. The compurgators swore a set oath. If they departed from it in the slightest, the "oath burst"

nes et fondent leur jugement sur leur appréciation du témoin et sur un examen de la manière dont un témoignage donné s'insère dans le tableau général qui se dégage d'un examen de l'affaire dans son ensemble.

Vu les motifs que je viens d'exposer et vu l'arrêt *Phillion*, précité, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public. Je suis en outre d'avis b d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité inscrite au procès.

Version française des motifs des juges Lamer et c Wilson rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente sur le fond)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés en l'espèce par mon collègue le juge McIntyre. Comme il y d expose les faits et présente l'historique de l'affaire devant les tribunaux d'instance inférieure, il n'est pas nécessaire que je le refasse.

Mon collègue donne quatre raisons fondamentales d'exclure en l'espèce la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Ces raisons sont les suivantes:

- (1) la règle s'opposant aux témoignages justificatifs;
- (2) la règle interdisant la production de déclarations antérieures compatibles;
- (3) la règle relative à la preuve de moralité et
- (4) la règle relative à la preuve d'expert.

Avec égards, je ne partage pas son avis que ces règles peuvent servir de fondement à l'exclusion de la preuve obtenue par détecteurs de mensonges et h je commenterai brièvement chacune d'elles.

(1) La règle s'opposant aux témoignages justificatifs

Les témoignages justificatifs, si je comprends bien, constituaient une méthode de preuve à laquelle on avait recours en Angleterre antérieurement à l'époque normande. L'accusé dans une affaire criminelle ou le défendeur dans une affaire civile pouvait établir son innocence en produisant un certain nombre de témoins justificateurs qui juraient de la véracité de ce qu'il avait dit sous

and the opposing party won. The practice fell into desuetude in the 13th Century.

The connection between oath-helping and the admissibility of polygraph evidence seems to me to be very tenuous. Oath-helpers were not required to have any knowledge material to the innocence or guilt of the accused. They merely recited a particular oath and their oaths were not subject to rebuttal. The polygraph operator, on the other hand, has subjected the accused to a number of tests. He reports on the results of these tests and gives his expert opinion as to whether the physiological reactions of the accused are similar to those of someone telling the truth. He is open to cross-examination on his technique, his assumptions, his interpretation of the data and the accuracy of the device. His evidence is only one of the many factors the jury will consider when assessing the credibility of the accused.

In what sense then can polygraph evidence be said to be similar to the medieval device by which the accused was guaranteed an acquittal if he could muster a sufficient number of compurgators? Any suggestion of similarity would, it seems to me, have to be based on the assumption that, despite the cross-examination of the polygraph operator, the calling of other operators to challenge erroneous statements by the original operator, and the delivery of a proper charge to the jury, the jury would automatically base its decision on the polygraph operator's testimony. I think this is an unwarranted assumption. I do not think we can make it even if my colleague's concern about the heightened weight that might be given to polygraph evidence because of the "mystique of science" has some validity. For reasons which will be given later I doubt that this concern is a valid one.

serment. La teneur du serment de ces témoins justificateurs était préétablie. S'ils s'en écartaient le moindrement, il y avait à ce moment-là «serment vicié» et la partie adverse obtenait gain de cause. Cette pratique est tombée en désuétude au cours du XIII^e siècle.

Le rapport qui peut exister entre le recours aux témoignages justificatifs et l'admissibilité d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges me paraît très tenu. Les témoins justificateurs n'étaient pas tenus de posséder des connaissances touchant l'innocence ou la culpabilité de l'accusé. Ils ne faisaient que réciter une formule particulière de serment, qui ne pouvait être contredit. L'expert en détecteurs de mensonges, par contre, administre à l'accusé plusieurs tests. Il rédige un rapport sur les résultats de ces tests et exprime son opinion d'expert sur la question de savoir si les réactions physiologiques de l'accusé ressemblent à celles d'une personne qui dit la vérité. On peut le contre-interroger sur ses méthodes, sur ses hypothèses, sur son interprétation des données et sur la fiabilité de l'appareil. Sa déposition n'est qu'un élément parmi beaucoup d'autres dont le jury tiendra compte dans son appréciation de la crédibilité de l'accusé.

En quoi la preuve obtenue par détecteurs de mensonges ressemble-t-elle donc au procédé médiéval par lequel l'accusé avait la garantie d'être acquitté s'il pouvait réunir un nombre suffisant de témoins justificateurs? Toute affirmation de similarité entre les deux devrait, selon moi, reposer sur l'hypothèse que, malgré le contre-interrogatoire de l'expert en détecteurs de mensonges, malgré le témoignage d'autres experts en la matière pour réfuter les déclarations erronées du premier et malgré la présentation de directives appropriées au jury, celui-ci fonderait automatiquement sa décision sur le témoignage du premier expert. Or, je tiens cette hypothèse pour tout à fait injustifiée. Je ne crois pas que nous puissions la faire, même à supposer la crainte de mon collègue que la preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne reçoive un poids accru en raison de la «mystique de la science» ait quelque validité. Mais, pour des raisons qui seront exposées plus loin, je doute que cette crainte soit valide.

My own view would be that the rule against oath-helping is a curious point of legal history that has little bearing on the issue of polygraph admissibility. Oath-helping was a method of proving one's case that ante-dated the modern concept of trial by evidence. Polygraph evidence, on the other hand, fits squarely within the modern trial theory whereby witnesses are examined to ascertain the truth.

It is suggested, however, that oath-helping is the antecedent of a "well-established rule" against the admissibility of evidence adduced solely for the purpose of bolstering the credibility of one's own witness. A number of authorities are cited in support of the proposition that evidence may not be given in chief to bolster the credit of one's own witnesses but, if evidence is given to impeach their credit, rebuttal evidence may be given on that issue. It is noted, however, that the Canadian cases relied on in support of the rule are all cases in which the Crown was attempting to lead evidence-in-chief to bolster the credibility of a Crown witness. No Canadian case was cited where an accused was denied permission to do this. I have some concern, therefore, as to the scope of the "well-established rule" in Canada. I believe it would require an extension of the rule in this case to apply it to the respondents. Perhaps it should be applied to Crown and defence alike but this is not self-evident. Analogies certainly can be drawn from other areas of criminal evidence law to support a more permissive approach to evidence led by an accused. For example, in *R. v. Miller* (1952), 36 Cr. App. R. 169, an accused was permitted to call evidence against a co-accused which would have been inadmissible if called by the Crown. Also, the English Court of Appeal held in *R. v. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199, that an accused may comment upon the failure of a co-accused to testify although the prosecution could not. The rationale of these cases is summed up by

Pour ma part, j'estime que la règle s'opposant aux témoignages justificatifs n'est rien d'autre qu'un aspect curieux de l'histoire juridique qui a peu de rapport avec la question de l'admissibilité d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Le recours aux témoignages justificatifs est une façon de se justifier qui date d'avant le concept moderne d'un jugement fondé sur la preuve. La preuve obtenue par détecteurs de mensonges, par contre, cadre parfaitement avec la théorie moderne des procès, selon laquelle les témoins sont soumis à des interrogatoires afin que la vérité puisse se dégager.

On prétend, cependant, que le recours aux témoignages justificatifs est le précurseur d'une «règle bien établie» qui rend inadmissibles les éléments de preuve produits à seule fin d'étayer la crédibilité de son propre témoin. Plusieurs précédents ont été cités pour appuyer la proposition selon laquelle on ne saurait produire un témoignage en interrogatoire principal pour étayer la crédibilité de ses propres témoins mais, si une preuve est produite pour les discréder, une contre-preuve peut être présentée sur cette question. Il convient toutefois de souligner que la jurisprudence canadienne invoquée à l'appui de la règle susmentionnée se compose exclusivement d'affaires dans lesquelles le ministère public tentait de produire des témoignages en interrogatoire principal destinés à appuyer la crédibilité d'un témoin à charge. On n'a invoqué aucune décision canadienne dans laquelle la permission d'en faire autant a été refusée à l'accusé. J'ai en conséquence certaines réserves quant à la portée de la «règle bien établie» au Canada. À mon avis, pour que cette règle s'applique aux intimés en l'espèce, il faudrait lui donner une certaine extension. Peut-être convient-il de l'appliquer et au ministère public et à la défense, mais cela ne va pas de soi. D'ailleurs, si l'on se reporte à d'autres domaines de la preuve criminelle, il est possible de faire des analogies qui justifieraient une attitude plus souple à l'égard d'éléments de preuve produits par un accusé. Par exemple, dans l'affaire *R. v. Miller* (1952), 36 Cr. App. R. 169, on a permis à un accusé de produire contre un coaccusé une preuve qui aurait été inadmissible en tant que preuve à charge. De plus, la Cour d'appel d'Angleterre a

Lord Morris in *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85 (P.C.), where he said at p. 102:

It is . . . one thing to say that such evidence [commentary upon failure to testify] is excluded when tendered by the Crown in proof of guilt, but quite another to say that it is excluded when tendered by the accused in disproof of his own guilt.

I am very mindful of the fact that the respondents in this case took the stand in order to deny their involvement in the conspiracy and that the only direct evidence implicating them was that of Grenier, a self-confessed conspirator. The Crown, through Grenier, was impugning the credibility of the respondents by saying that they were lying under oath. It was his word against theirs. The respondents were, in effect, responding to an attack on their credibility by the Crown by offering to take a lie detector test. Indeed, the Crown's whole case was that the respondents were lying and that the informer Grenier was telling the truth.

Section 577(3) of the *Criminal Code* provides that an accused is entitled, after the close of the prosecution's case, to make full answer and defence. It might be said that this is precisely what the respondents were attempting to do through the introduction of the polygraph evidence. Indeed, it has been held that this section of the *Code* gives an accused the right to call such witnesses and evidence as he may consider necessary: see *R. v. Cook* (1960), 127 C.C.C. 287 (Alta. S.C., App. Div.)

It was held in *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425 (Ont. C.A.), that the attack on the Crown witness's credibility has to be more explicit than "the obvious direction of the defence theory" in order to justify the leading of credibility evidence. Again, however, in that case it was the

conclu dans l'arrêt *R. v. Wickham* (1971), 55 Cr. App. R. 199, qu'il est loisible à un accusé de commenter le fait qu'un coaccusé n'a pas témoigné, alors que la poursuite ne jouit pas de cette possibilité. Le fondement de cette jurisprudence est résumé par lord Morris dans l'arrêt *Lowery v. The Queen*, [1974] A.C. 85 (P.C.), à la p. 102, où il dit:

[TRADUCTION] . . . c'est une chose de dire qu'une telle preuve [des observations sur le fait de ne pas avoir témoigné] est exclue quand elle est invoquée par le ministère public comme preuve de culpabilité et toute autre chose de dire qu'elle est exclue quand elle est invoquée par l'accusé pour prouver son innocence.

Je suis très consciente du fait que les intimés en l'espèce se sont présentés à la barre des témoins pour nier leur participation au complot et que la seule preuve directe établissant leur participation a été le témoignage de Grenier, un complice passé aux aveux. Le ministère public, par l'intermédiaire de Grenier, a mis en doute la crédibilité des intimés en disant qu'ils se parjuraient. C'était la parole de Grenier contre celle des intimés. Donc, en offrant de se soumettre à un test de détecteur de mensonges, les intimés se trouvaient en réalité à riposter à l'attaque du ministère public au sujet de leur crédibilité. Tout l'argument du ministère public revenait d'ailleurs à ceci: les intimés mentionnaient et l'indicateur Grenier disait la vérité.

Le paragraphe 577(3) du *Code criminel* dispose qu'un accusé a le droit, après que la poursuite a terminé son exposé, de présenter une défense pleine et entière. On pourrait dire que c'est là précisément ce que les intimés ont essayé de faire par la présentation de la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. En fait, il a déjà été établi que cette disposition du *Code* confère à un accusé le droit de citer les témoins et de produire les éléments de preuve qu'il peut juger nécessaires: voir *R. v. Cook* (1960), 127 C.C.C. 287 (C.S. Alb., Div. App.)

On a conclu dans l'arrêt *R. v. Martin* (1980), 53 C.C.C. (2d) 425 (C.A. Ont.), que l'attaque contre la crédibilité du témoin à charge doit revêtir une forme plus explicite que [TRADUCTION] «l'orientation évidente de la théorie de la défense» pour que soit justifiée la présentation d'éléments de preuve

Crown that was seeking to bolster the credibility of its own witness. This Court has not yet had occasion to discuss whether the rule should be applied against an accused in a case such as this where the Crown's whole case is based on the accused's lack of credibility. I do not believe, therefore, that there is a "well-established rule" in Canada operating against the respondents. Indeed, I note with interest that the passage quoted from Cross's 5th edition (1979) by my colleague was omitted from the 6th edition (1985) and that there are other authors who do not recognize the existence of such a rule. In my view, therefore, we would be making law in this area if we were to hold such a rule applicable in the circumstances of this case. This is not to say that we should not do so but merely that, if we do so, we should do so advisedly. I will return to this point later when discussing the majority decision in *Phillion v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 18.

tendant à établir la crédibilité. Mais, là aussi, c'était le ministère public qui tentait d'étayer la crédibilité de son propre témoin. Cette Cour n'a pas encore eu à examiner s'il convient d'appliquer la règle à l'encontre d'un accusé dans un cas comme celui-ci où le ministère public ne fait valoir que le manque de crédibilité des accusés. Par conséquent, je ne crois pas qu'il existe au Canada une «règle bien établie» qui joue contre les intimés.
b De fait, il est intéressant de noter que le passage tiré de la cinquième édition de Cross (1979) qu'a cité mon collègue a été omis dans la sixième édition (1985) et qu'il y a d'autres auteurs qui ne reconnaissent pas l'existence d'une telle règle. À mon avis, nous nous trouverions donc à faire du droit prétorien si nous devions juger une telle règle applicable dans les présentes circonstances. C'est dire non pas que nous ne devrions pas le faire, mais simplement que, si nous le faisons, ce doit être à bon escient. Je reviendrai sur ce point plus loin dans le cadre de mon analyse de la décision de la majorité dans l'affaire *Phillion c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 18.

(2) *The Rule Against Past Consistent Statements*

The second ground for exclusion of the polygraph evidence is that it infringes the rule against the admission of past consistent statements. The cases and authorities make it clear that these statements are excluded because they are at best irrelevant and at worst fabricated and self-serving. The irrelevance rationale has, it seems to me, little applicability to polygraph evidence. The argument that the mere repetition of a story has no bearing on the truth of the story is, of course, a convincing one. Polygraph evidence, however, is not merely evidence that the accused has said the same thing twice. It is expert evidence on how closely his physiological responses during the test correspond to those of someone telling the truth. It is, in my opinion, clearly relevant.

(2) *La règle interdisant la production de déclarations antérieures compatibles*

f Le second motif de l'exclusion de la preuve obtenue par détecteurs de mensonges est qu'elle va à l'encontre de la règle interdisant l'admission de déclarations antérieures compatibles. Il ressort clairement de la jurisprudence et de la doctrine que ces déclarations sont écartées parce que, au mieux, elles ne sont pas pertinentes et, au pire, elles sont fabriquées et intéressées. Le manque de pertinence en tant que justification s'applique, me semble-t-il, assez mal à la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. L'argument selon lequel la simple répétition d'un récit n'a rien à voir avec sa véridicité est, bien entendu, convaincant. La preuve obtenue par détecteurs de mensonges n'est cependant pas une simple preuve que l'accusé a dit deux fois la même chose. Il s'agit d'une preuve d'expert portant sur le degré de correspondance entre les réactions physiologiques de l'accusé au cours du test et celles d'une personne qui dit la vérité. À ce titre, cette preuve est à mon avis manifestement pertinente.
g
i
j

Nor am I persuaded that the evidence should be excluded on the ground that by "examiner shopping" and by engaging in practice tests the accused may be able to increase the likelihood of a "successful" test. Unless it can be established that polygraph tests are *per se* without probative value (and I do not think this has been or could be established), it would seem to me that the possibility of abuse should be a factor going to weight rather than to admissibility.

(3) *The Rule Relating to Character Evidence*

It is suggested that the admission of polygraph evidence is precluded by certain rules relating to character evidence. Specifically, reliance is placed on the authorities which preclude the accused from leading evidence of specific incidents in order to establish his good character except through his own testimony.

I have grave doubts that polygraph evidence is character evidence. McWilliams in *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984) distinguishes between character and credit at p. 279:

In *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199, the great Erskine said: "Character goes to the issue, that is the probability of the accused having committed the offence while credit goes to the collateral issue, that is the weight to be attached to the testimony of the accused". See also *R. v. McLean* (1940), 73 C.C.C. 310 (N.B.S.C. App. Div.). An accused puts his credit in issue as does any other witness if he testifies, but he does not thereby put his character in issue. He puts his character in issue by calling evidence of good character whether he testifies or not.

I believe this distinction is sound. As McIntyre J. acknowledges, polygraph evidence is adduced "solely for the purpose of bolstering a witness's credibility". It is not introduced to show that the accused is not the sort of person who would commit the offence. It is introduced to provide evidence that the accused's physiological reactions

a Je ne suis pas non plus convaincue que cette preuve doive être exclue pour le motif qu'un accusé, en allant d'un expert de détecteurs de mensonges à un autre et en se soumettant à des essais, pourra augmenter ses chances de «succès» au test. À moins qu'il ne soit possible de démontrer que les tests par détecteurs de mensonges sont en soi dénués de toute valeur probante (et je ne crois pas que cela ait été établi ou qu'il soit possible de l'établir), il me semble que le risque d'abus est un facteur qui entre en ligne de compte relativement au poids à donner à la preuve en question plutôt que relativement à son admissibilité.

c (3) La règle relative à la preuve de moralité

d On a fait valoir que certaines règles relatives à la preuve de moralité viennent empêcher l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Plus particulièrement, on invoque la jurisprudence qui interdit à l'accusé de produire une preuve d'incidents précis tendant à établir sa bonne moralité, si ce n'est dans son propre témoignage.

e Je doute fort qu'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges constitue une preuve de moralité. McWilliams, dans *Canadian Criminal Evidence* (2nd ed. 1984), à la p. 279, fait une distinction entre la moralité et la crédibilité:

f [TRADUCTION] Dans la décision *R. v. Hardy* (1794), 24 St. Tr. 199, l'éminent juriste Erskine a dit: «La moralité touche à la question principale, c.-à-d. celle de la probabilité que l'accusé ait commis l'infraction, tandis que la crédibilité touche à la question incidente, c.-à-d. celle du poids à donner au témoignage de l'accusé.» Voir en outre l'arrêt *R. v. MacLean* (1940), 73 C.C.C. 310 (C.S.N.-B. Div. App.) Un accusé, comme n'importe quel autre témoin, met sa crédibilité en cause dès lors qu'il témoigne, mais il ne met pas en cause sa moralité de ce fait. Il met sa moralité en cause s'il produit une preuve de sa bonne moralité, qu'il témoigne ou non lui-même.

g Je crois que cette distinction est juste. Comme le reconnaît le juge McIntyre, la preuve obtenue par détecteurs de mensonges est produite «uniquement pour confirmer la crédibilité d'un témoin». Elle n'est pas produite pour démontrer que l'accusé n'est pas le genre de personne qui commetttrait l'infraction en question. Elle est produite pour

are consistent with those of someone who is telling the truth.

If, however, I am wrong in this and the polygraph evidence can be viewed as going to the accused's character as well as to his credibility, is there a rule precluding the admission of this evidence? The general rule seems to be that if the accused puts his character in issue by cross-examining Crown witnesses or by calling defence witnesses other than the accused, then evidence tendered must relate to the general reputation of the accused and not to specific incidents of good behaviour. If the accused himself testifies he may give evidence of specific incidents. My colleague infers from these rules that, since it is the polygraph operator and not the accused himself who is giving evidence of specific incidents, the evidence must be excluded despite the fact that the accused testified. This approach seems to me to create a very artificial distinction: if the accused testifies and puts his character in issue he may rely on specific incidents of good behaviour provided he relates these incidents to the court himself. Yet, although an accused who has taken the stand and put his character in issue is allowed to adduce evidence of specific incidents to establish good behaviour, he is not allowed to call the witnesses necessary to give meaning to these incidents. The spirit of the rule, in my view, militates in favour of admission where the accused has testified.

(4) *The Expert Evidence Rule*

The point made here is that expert evidence is not necessary when the issue is the credibility of a witness. This is an issue that juries are specially qualified to decide. They do not require the assistance of experts in making such a determination.

In my respectful view, the polygraph operator does not give an opinion on the credibility of the witness. Rather, she interprets the physiological data and gives an opinion as to whether the data pattern conforms to that of a person who is telling the truth. The operator will also testify as to the

prouver que les réactions physiologiques de l'accusé correspondent à celles d'une personne qui dit la vérité.

- a Si, toutefois, j'ai tort en cela et que la preuve obtenue par détecteurs de mensonges peut être considérée comme se rapportant aussi bien à la moralité de l'accusé qu'à sa crédibilité, existe-t-il une règle qui s'oppose à l'admission de cette preuve? La règle générale semble être que, si l'accusé met sa moralité en cause en contre-interrogeant des témoins à charge ou en citant des témoins à décharge autres que lui-même, alors la preuve présentée doit se rapporter à la réputation générale de l'accusé plutôt qu'à des exemples précis de bonne conduite. Si l'accusé lui-même témoigne, il peut déposer relativement à des incidents précis. Mon collègue déduit de ces règles que, puisque c'est l'expert en détecteurs de mensonges et non l'accusé lui-même qui dépose au sujet d'incidents précis, ce témoignage doit être exclu malgré le fait que l'accusé a témoigné. Or, cette façon de voir crée, à mon sens, une distinction très artificielle: si l'accusé témoigne et met sa moralité en cause, il peut invoquer des exemples précis de bonne conduite, pourvu qu'il les relate lui-même à la cour. Toutefois, même si un accusé qui a témoigné et qui a mis sa moralité en cause peut produire une preuve d'incidents précis afin d'établir sa bonne conduite, il ne lui est pas permis de citer les témoins nécessaires pour donner du sens à ces incidents. À mon avis, l'esprit de la règle milite en faveur de l'admission en preuve dans un cas où l'accusé a témoigné.

(4) *La règle relative à la preuve d'expert*

- b On fait valoir en l'espèce qu'aucune preuve d'expert n'est nécessaire lorsque c'est la crédibilité d'un témoin qui est en cause, car il s'agit là d'une question qui relève particulièrement de la compétence des jurys. Ils n'ont pas besoin de l'aide d'experts pour s'acquitter de cette tâche.

À mon humble avis, l'expert en détecteurs de mensonges n'émet pas d'opinion sur la crédibilité du témoin. Sa fonction consiste plutôt à interpréter les données physiologiques et à indiquer si, à son avis, ces données correspondent à celles provenant d'une personne qui dit la vérité. Il témoignera en

nature and accuracy of the device itself. The jury will consider this evidence along with the other evidence going to the issue of credibility in order to reach their final conclusion. Thus, the polygraph operator provides an expert opinion on the interpretation of the polygraph results. This evidence is relevant to, but not determinative of, the credibility issue.

I question whether the fear that the polygraph operator will usurp the role of the jury is well-founded. Juries of today are much more sophisticated than they were when some of our restrictive rules of evidence were developed. They are well versed in modern technology, thanks to the influence of the mass media, and are not today in awe of scientific evidence as they might have been a hundred or even fifty years ago. I think the decision of the British Columbia Supreme Court in *R. v. Wong* (No. 2) (1976), 33 C.C.C. (2d) 511, illustrates this very well. The jury in that case found the accused guilty even although the polygraph tests conducted by both the police and the expert called by the defence indicated that the accused had not killed the victim. Meredith J. had admitted the polygraph evidence. He disagreed with the Ontario High Court in *R. v. Phillion* (1972), 10 C.C.C. (2d) 562, that lie detector evidence would inevitably dictate the jury's decision. He said at p. 514:

I do not share Van Camp, J.'s concern on the evidence led in this case, that the jury "by reason of the technicity of the evidence, might be tempted blindly to accept the witness' opinion". Here, the evidence is reasonably comprehensible and I believe the jury will have sufficient information to give proper assessment to its weight. The evidence certainly does not suggest that the polygraph technique is infallible; I do not think the jury will treat it as such.

He also disagreed with the Ontario Court of Appeal (1974), 20 C.C.C. (2d) 191 that the evidence should not be admitted because it went

outre sur la nature et la précision de l'appareil lui-même. Pour arriver à sa conclusion définitive, le jury prendra en considération cette preuve ainsi que d'autres éléments de preuve touchant la question de la crédibilité. Il ne s'agit donc que d'une opinion d'expert sur la façon d'interpréter les résultats du test par détecteur de mensonges. Cette preuve, bien que pertinente relativement à la question de la crédibilité, ne la tranche pas pour autant.

Je doute que la crainte que l'expert en détecteurs de mensonges n'usurpe le rôle du jury soit justifiée. De nos jours, les jurés sont beaucoup plus avertis qu'ils ne l'étaient à l'époque où certaines de nos règles restrictives en matière de preuve ont été élaborées. Grâce à l'influence des mass media, les jurés d'aujourd'hui sont versés dans la technologie moderne et ne sont plus intimidés par la preuve scientifique comme ils ont pu l'être il y a une centaine, voire une cinquantaine, d'années. Je crois que cela se dégage nettement de la décision *R. v. Wong* (No. 2) (1976), 33 C.C.C. (2d) 511, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Dans cette affaire-là, le jury a conclu à la culpabilité de l'accusé, même si les tests par détecteurs de mensonges administrés tant par la police que par l'expert cité par la défense indiquaient que l'accusé n'avait pas tué la victime. Le juge Meredith a admis la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Il n'a pas souscrit à l'avis, exprimé par la Haute Cour de l'Ontario dans l'affaire *R. v. Phillion* (1972), 10 C.C.C. (2d) 562, que le verdict du jury serait inévitablement dicté par la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Le juge Meredith a dit, à la p. 514:

[TRADUCTION] Compte tenu de la preuve produite en l'espèce, je ne partage pas l'inquiétude du juge Van Camp que le jury, «en raison de la technicité de la preuve, puisse être tenté d'accepter aveuglément l'opinion du témoin». En l'espèce, la preuve est raisonnablement compréhensible et je crois que le jury disposera de suffisamment de renseignements pour pouvoir l'apprécier à sa juste valeur. La preuve ne laisse certainement pas entendre que le détecteur de mensonges est infailible et je ne crois pas que le jury le traite comme tel.

Il a rejeté en outre l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario (1974), 20 C.C.C. (2d) 191, selon laquelle la preuve en question ne devait pas être

directly to the question of whether the accused committed the offence. He said at p. 515:

I am not aware of any convincing reason to exclude the opinion of the polygrapher because it bears on almost the very question the jury is called upon to answer, unless the jury may be inclined to give undue weight to it. Moreover, opinion evidence, I would have thought, is frequently admitted in our Courts going directly to issues to be resolved by Judge or jury.

Meredith J. concluded that while polygraph tests are not one hundred per cent accurate, they do have a high degree of reliability and, indeed, the police themselves had initiated their use in this particular case.

Meredith J. was, however, reversed on appeal (1978), 41 C.C.C. (2d) 196, following the decision of this Court in *Phillion*. McFarlane J.A. stated succinctly at p. 199:

The latter judgment makes it clear that the opinion evidence about the polygraph tests should not have been admitted.

The Rule Against Bolstering the Credibility of One's Own Witness

Because I do not believe that any of the other rules preclude the admission of polygraph evidence, I return to the rule against bolstering the credibility of one's own witness. The existing case law on this subject seems to be divisible into two categories namely (1) cases in which the evidence was led for the sole purpose of bolstering the witness's credibility; and (2) cases where evidence was led that had the effect of indirectly bolstering the witness's credibility.

(1) Sole Purpose the Bolstering of Credibility

Only three cases, all Canadian, and all involving Crown witnesses, seem to fall into the first category. *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103 (Ont. C.A.), and *R. v. Burkart; R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210 (Sask. C.A.), were both cases in which the Crown called a psychiatrist who testified

admise parce qu'elle se rapportait directement à la question de savoir si l'accusé avait commis l'infraction. Il a dit, à la p. 515:

[TRADUCTION] Je ne connais aucune raison convaincante d'exclure l'opinion de l'expert en détecteurs de mensonges parce qu'elle porte quasiment sur la question même à laquelle le jury est appelé à répondre, à moins que le jury puisse être enclin à lui attribuer une importance indue.

a Il me semble d'ailleurs que nos tribunaux admettent souvent des témoignages d'opinion qui se rapportent directement à des questions à résoudre par le juge ou le jury.

Le juge Meredith a conclu que, bien que les tests par détecteurs de mensonges ne soient pas exacts à cent pour cent, ils ont tout de même un haut degré de fiabilité et, qu'en fait, c'était la police elle-même qui s'était servie la première du détecteur de mensonges dans ce cas précis.

d En appel (1978), 41 C.C.C. (2d) 196, on a cependant suivi l'arrêt *Phillion* de cette Cour et la décision du juge Meredith a été infirmée. Le juge McFarlane a dit succinctement, à la p. 199:

e [TRADUCTION] Ce dernier arrêt établit clairement que la preuve sous forme d'opinion concernant les tests par détecteurs de mensonges n'aurait pas dû être admise.

La règle qui interdit d'étayer la crédibilité de son propre témoin

f Parce que je ne crois pas que l'une des autres règles s'oppose à l'admission d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges, je reviens à la règle qui interdit d'étayer la crédibilité de son propre témoin. La jurisprudence sur cette question semble se diviser en deux catégories, savoir: (1) les affaires dans lesquelles la preuve a été produite à seule fin d'étayer la crédibilité du témoin et (2) celles où l'on a produit des éléments de preuve ayant pour effet d'étayer indirectement la crédibilité du témoin.

(1) Les cas où le seul but visé est d'étayer la crédibilité

i Seules trois affaires, toutes canadiennes et toutes portant sur des témoins à charge, semblent tomber dans la première catégorie. Dans l'affaire *R. v. Kyselka* (1962), 133 C.C.C. 103 (C.A. Ont.), et aussi dans l'affaire *R. v. Burkart; R. v. Sawatsky*, [1965] 3 C.C.C. 210 (C.A. Sask.), le

that, because the complainant was of low intelligence, she was unlikely to fabricate a false story to tell the court. In both cases the evidence was held inadmissible as evidence going solely to the witness's credibility. *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224 (Alta. C.A.), followed *Kyselka and Burkart*. In that case the Crown called a prison inmate as a witness. The Crown asked a series of questions about the witness's conversion to a life of honesty and about his rehabilitation as a lead in to his significant testimony that an inculpatory statement had been made to him by the accused in prison. The court held the preliminary questions to be improper as they served only to bolster the credibility of the witness.

(2) *Indirect Bolstering of Credibility*

In two English cases and in one Australian case, the accused testified that he did not commit the crime he was charged with and attempted to introduce psychiatric or psychological evidence to support his version of what took place. The evidence went to the accused's state of mind at the time of the crime. It did not go directly to whether the accused was likely to tell the truth as a witness. However, if the evidence was believed, it would have supported the accused's version of what took place. Thus, it would have indirectly bolstered the accused's credibility.

The first of these cases is *Lowery v. The Queen*, *supra*. Here the issue was whether one accused could call evidence of a psychologist relating to the respective personalities of the two accuseds. The psychologist's evidence suggested that the second accused was more likely to have killed the victim than the first was. Thus the credibility of the first accused was inferentially bolstered. The Court held the evidence to be admissible. The key to the ruling was that the evidence was clearly relevant to the issue of which of the two accused to believe. As the Court puts it at p. 101:

ministère public a cité un psychiatre qui a témoigné que, en raison de la faible intelligence de la plaignante, il était peu probable qu'elle fabrique une histoire à l'intention de la cour. Dans les deux cas, le témoignage a été jugé inadmissible pour le motif qu'il se rapportait uniquement à la crédibilité du témoin. L'arrêt *R. v. Clarke* (1981), 63 C.C.C. (2d) 224 (C.A. Alb.), a suivi les arrêts *Kyselka et Burkart*. Dans l'affaire *Clarke* le ministère public a cité comme témoin un détenu. La poursuite lui a posé une série de questions concernant sa conversion à une vie honnête et sa réhabilitation en prélude à sa déposition importante portant que l'accusé lui avait fait une déclaration inculpatoire en prison. La cour a conclu à l'irrégularité de ces questions préliminaires parce qu'elles ne servaient qu'à étayer la crédibilité du témoin.

(2) *Les cas où la crédibilité est étayée indirectement*

Dans deux affaires anglaises et une affaire australienne, l'accusé a témoigné ne pas avoir commis le crime qu'on lui imputait et il a tenté de produire une preuve psychiatrique ou psychologique à l'appui de sa version des événements. La preuve en question avait trait à l'état d'esprit de l'accusé au moment du crime et ne se rapportait pas directement à la question de savoir si l'accusé dirait probablement la vérité en tant que témoin. Si toutefois on avait ajouté foi à cette preuve, elle aurait appuyé le récit de l'accusé concernant ce qui s'était passé. Elle aurait donc eu pour effet d'étayer indirectement la crédibilité de l'accusé.

La première de ces affaires est *Lowery v. The Queen*, précitée. La question en litige était de savoir si un des accusés pouvait faire témoigner un psychologue relativement aux personnalités respectives des deux accusés. Or, le témoignage du psychologue donnait à entendre qu'il était plus probable que la victime avait été tuée par le second accusé que par le premier. Cela revenait donc à étayer implicitement la crédibilité de celui-ci. La cour, qui a conclu à l'admissibilité de ce témoignage, s'est fondée sur le fait que le témoignage se rapportait clairement à la question de savoir lequel des deux accusés on pouvait croire. Comme l'a dit la cour, à la p. 101:

The case being put forward by counsel on behalf of King involved posing to the jury the question "which of these two men is the more likely to have killed this girl?" and inviting the jury to come to the conclusion that it was Lowery. If the crime was one which was committed apparently without any kind of motive unless it was for the sensation experienced in the killing then unless both men acted in concert the deed was that of one of them. It would be unjust to prevent either of them from calling any evidence of probative value which could point to the probability that the perpetrator was the one rather than the other.

The subsequent decision of the Court of Appeal in *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70, however, treated Lowery as decided on and limited to "its special facts". In *Turner* the accused had killed his lover. His defence was provocation. He testified that when the woman told him that she had slept with other men while he had been in prison, he lost all control. The accused's counsel sought to call a psychiatrist to testify to the general disposition of the accused. This evidence would suggest that the accused was generally quite placid and was driven to a blind rage by the events preceding the killing. By supporting the accused's version of what happened, the psychiatric evidence inferentially bolstered the credibility of the accused. The Court of Appeal held that this evidence must be excluded. The Court's reasoning parallels that of McIntyre J. in dealing with the expert evidence rule. Lawton L.J. states at p. 74:

Jurors do not need psychiatrists to tell them how ordinary folk who are not suffering from any mental illness are likely to react to the stresses and strains of life. It follows that the proposed evidence was not admissible to establish that the appellant was likely to have been provoked. The same reasoning applies to its suggested admissibility on the issue of credibility. The jury had to decide what reliance they could put on the appellant's evidence. He had to be judged as someone who was not mentally disordered. This is what juries are empanelled to do. The law assumes they can perform their duties properly. The jury in this case did not need, and should not have been offered the evidence of a psychiatrist to

[TRADUCTION] La défense avancée par l'avocat de King consistait à poser au jury la question de savoir «lequel de ces deux hommes a plus probablement tué la jeune fille» et à l'inciter à conclure que c'était Lowery. S'il s'agit d'un crime qui a été commis apparemment sans aucun mobile, à moins que ce ne soit pour éprouver la sensation qui accompagnait l'assassinat, alors, à moins que les deux hommes n'aient agi de concert, l'acte n'a été perpétré que par l'un d'eux. Il serait donc injuste d'empêcher l'un ou l'autre de produire tout élément de preuve ayant une valeur probante qui pourrait indiquer la probabilité que l'auteur de l'acte était l'un plutôt que l'autre.

c Toutefois, dans l'arrêt subséquent *R. v. Turner*, [1975] 1 All E.R. 70, la Cour d'appel a considéré que l'arrêt *Lowery* avait été tranché en fonction de [TRADUCTION] «ses faits particuliers», de sorte que sa portée se limitait à ces faits-là. Dans l'affaire

d *Turner*, l'accusé avait tué sa maîtresse. Comme moyen de défense, il a invoqué la provocation. D'après son témoignage, quand la femme lui a dit qu'elle avait couché avec d'autres hommes pendant qu'il était en prison, il a perdu toute maîtrise de lui-même. L'avocat de l'accusé a cherché à citer un psychiatre pour qu'il témoigne sur le tempérament général de l'accusé. Il se serait dégagé de ce témoignage que l'accusé était généralement bien placide et que les événements précédant l'assassinat l'avaient mis en fureur. En appuyant la version des faits présentée par l'accusé, la preuve psychiatrique établit implicitement la crédibilité de ce dernier. La Cour d'appel a conclu que cette preuve devait être écartée. Son raisonnement ressemble à celui qu'a adopté le juge McIntyre en traitant de la règle relative à la preuve d'expert. Le lord juge Lawton dit, à la p. 74:

e [TRADUCTION] Les jurés n'ont que faire de psychiatres pour leur dire comment des gens ordinaires qui ne souffrent d'aucune maladie mentale réagiront probablement devant les pressions et les tensions de la vie quotidienne. Il s'ensuit que la preuve qu'on a voulu produire n'était pas admissible pour établir que l'appellant avait probablement été provoqué. Le même raisonnement s'applique à l'allégation de son admissibilité sur la question de la crédibilité. Le jury avait à décider dans quelle mesure il pouvait ajouter foi au témoignage de l'appellant. Il fallait le juger comme une personne non atteinte de troubles mentaux. C'est là le rôle d'un jury. La loi présume que les jurés peuvent bien s'acquitter de

help them decide whether the appellant's evidence was truthful.

A recent Australian case has adopted the *Turner* approach. In *R. v. Nelson*, [1982] Qd. R. 636 (Q. Ct. of Crim. App.), the accused was charged with and convicted of throwing acid on his wife. The accused testified that he did not intend to disfigure his wife. He sought to call a doctor to give evidence that the traumas the accused had suffered made it unlikely that he would have had the capacity to form the required intent. The Court held that the evidence was properly excluded. It followed *Turner* in concluding that "to admit the evidence of Dr. Quinn . . . would have amounted to an usurpation of the function of the jury to decide a matter which they were able to judge for themselves" (p. 640).

In my view, polygraph evidence goes directly to the issue of the credibility of the accused. It is evidence of the degree to which his or her physiological reactions conform to those of a person who is telling the truth. Thus, the issue of the admissibility of this evidence is more analogous to the first category of case discussed above rather than to the second category. The second category of case is concerned with evidence going to the likelihood that the accused committed the offence and is only inferentially concerned with the accused's credibility.

The cases on point seem to me, therefore, to support the contention that the Crown will not be allowed to adduce evidence solely to bolster the credibility of its witnesses. This rule could arguably be extended to apply to the accused by analogy to *Turner* and *Nelson*. Although these two cases do not deal with direct evidence as to the credibility of the accused, the conservative conception of the jury's role embodied in them could be seen to support the exclusion of polygraph evidence tendered by the accused. The emphasis in

leurs devoirs. En l'espèce, il n'avait pas besoin du témoignage d'un psychiatre pour l'aider à décider de la véracité du témoignage de l'appelant, et cette aide n'aurait pas dû leur être offerte.

^a Une décision australienne récente a adopté la solution retenue dans l'arrêt *Turner*. En effet, dans l'affaire *R. v. Nelson*, [1982] Qd. R. 636 (Q. Ct. of Crim. App.), l'accusé a été inculpé et reconnu coupable d'avoir jeté de l'acide sur sa femme. Selon la déposition de l'accusé, son intention n'avait pas été de la défigurer. Il a cherché à citer un médecin pour témoigner que les traumatismes qu'il avait subis rendraient peu probable qu'il ait eu la capacité de former l'intention requise. La cour a conclu que c'est à bon droit que la preuve en question avait été exclue. Se fondant sur l'arrêt *Turner*, elle a conclu que [TRADUCTION] «admettre le témoignage du D^r Quinn [...] aurait constitué une usurpation de la fonction qu'avaient les jurés de décider une question qu'ils étaient capables de trancher par eux-mêmes» (p. 640).

^e À mon avis, la preuve obtenue par détecteurs de mensonges se rapporte directement à la question de la crédibilité de l'accusé. Il s'agit d'une preuve de la mesure dans laquelle ses réactions physiologiques correspondent à celles d'une personne qui dit la vérité. Donc, du point de vue de son admissibilité, cette preuve relève plutôt de la première catégorie de cas examinés ci-dessus que de la seconde. La preuve qui tombe dans cette dernière catégorie se rapporte à la probabilité que l'accusé avait commis l'infraction et ne porte qu'indirectement sur la crédibilité de l'accusé.

ⁱ La jurisprudence pertinente me semble donc appuyer le point de vue selon lequel le ministère public ne saurait produire des éléments de preuve à la seule fin d'étayer la crédibilité de ses propres témoins. Par analogie avec les arrêts *Turner* et *Nelson*, on pourrait en théorie élargir la portée de cette règle pour qu'elle s'applique également à l'accusé. Bien qu'il ne soit pas question dans ces deux arrêts d'une preuve directe de la crédibilité de l'accusé, la conception traditionnelle du rôle du jury qu'ils véhiculent pourrait être considérée comme appuyant l'exclusion d'une preuve obtenue par détecteurs de mensonges produite par l'accusé. Dans l'affaire *Lowery*, par contre, on a permis à

Lowery, on the other hand, in permitting an accused to call all relevant evidence would argue against drawing such an analogy.

With all due respect to those who think otherwise I would not extend the rule in *Kyselka* to the respondents in this case and I take some comfort from *Lowery* and from the minority judgment of this Court in *Phillion*. As in the case of *Lowery* the central issue in this case is who to believe. It was the word of the informer Grenier against the word of the respondents. Because no acts in implementation of the alleged conspiracy had taken place, there was no other evidence implicating the respondents in it. I believe that in these circumstances it would be unjust to prevent the respondents from calling any evidence of probative value indicating that they were telling the truth. This was their defence to the charge. I think they should have been allowed to make it under s. 577(3) of the *Code*.

I believe that the decision of this Court in *Phillion* is clearly distinguishable from the case at bar. *Phillion* had admitted his guilt and did not testify at his trial. This was crucial to the majority decision. Ritchie J., delivering the judgment of the majority, stated at p. 25:

The admission of such evidence would mean that any accused person who had made a confession could elect not to deny its truth under oath and substitute for his own evidence the results produced by a mechanical device in the hands of a skilled operator relying exclusively on its efficacy as a test of veracity.

And later at the same page:

The elementary right of an accused not to give evidence is in no way at issue here, but that right having been exercised, it appears to me to run contrary to the basic rules of evidence to permit the substitution of the opinion of a polygraph technician for the evidence which could have been given by the appellant himself.

He then stated at p. 26 that:

un accusé de présenter toute preuve pertinente, ce qui milite fortement contre une analogie comme celle susmentionnée.

Avec égards pour les tenants du point de vue contraire, je n'étendrais pas la portée de la règle établie dans l'arrêt *Kyselka* aux intimés en l'espèce. Je suis fortifiée dans cette conclusion par l'arrêt *Lowery* et par l'opinion de la minorité en cette Cour dans l'affaire *Phillion*. Comme dans l'arrêt *Lowery*, la question centrale en l'espèce est qui faut-il croire. C'était la parole de l'indicateur Grenier contre celle des intimés. Parce qu'aucun acte n'avait été commis en exécution du prétexte complot, il n'y avait aucun autre élément de preuve impliquant les intimés. J'estime que dans ces circonstances il serait injuste d'empêcher les intimés de présenter tout élément de preuve ayant une valeur probante qui tend à indiquer qu'ils disaient la vérité. C'était là le moyen de défense qu'ils opposaient à l'accusation portée contre eux. Je crois qu'on aurait dû leur permettre de le présenter en vertu du par. 577(3) du *Code*.

À mon avis, l'arrêt *Phillion* de cette Cour est manifestement différent de la présente instance. En effet, *Phillion* avait avoué sa culpabilité et n'avait pas témoigné à son procès. Ces faits revêtaient une importance cruciale dans la décision de la majorité, au nom de laquelle le juge Ritchie dit, à la p. 25:

En jugeant une telle preuve recevable, on permettrait à tout accusé ayant fait des aveux de choisir de ne pas nier sous serment la véracité de ceux-ci et de substituer à son propre témoignage les données fournies par un appareil aux mains d'un expert qui, pour sa part, se fonde uniquement sur le bon fonctionnement dudit appareil pour déterminer la véracité des réponses données.

Il ajoute, toujours à la p. 25:

Le droit élémentaire d'un accusé de ne pas témoigner n'est aucunement en cause en l'espèce, mais puisque ce droit a effectivement été exercé, il serait, à mon avis, contraire aux règles fondamentales de la preuve de permettre la substitution de l'opinion d'un opérateur de détecteurs de mensonges au témoignage que l'appelant aurait pu faire lui-même.

Puis il affirme, à la p. 26:

For these reasons alone I am satisfied that the learned trial judge was correct in excluding the results of the polygraph test.

As has been pointed out by several commentators on *Phillion*, each court which heard the case excluded the polygraph evidence on different grounds. The trial judge held that, if it was admitted, the jury would place too much weight on it. The Court of Appeal found that it was opinion evidence going to the very question before the court and should not be admitted for that reason. And it seems to be implicit in the majority judgment of this Court that the polygraph evidence was inadmissible because it was hearsay. In my opinion the polygrapher's evidence should not be characterized as hearsay. It was not being admitted for the truth of the statement but merely for the limited purpose of forming the basis of the expert's opinion. Evidence has frequently been admitted by this Court for that purpose: see *City of Saint John v. Irving Oil Co.*, [1966] S.C.R. 581; *R. v. Lupien*, [1970] S.C.R. 263.

While the minority of the Supreme Court of Canada (Laskin C.J. and Spence J.) concurred with the majority in *Phillion* that the polygraph evidence should not be admitted in the circumstances of that case, it expressly left open whether such evidence might not be admissible in "other circumstances". I believe that the case at bar raises such "other circumstances".

It is argued, however, by the Crown that polygraph evidence should not be admitted because it is "not reliable to an acceptable standard". This is, of course, not consistent with the view of the minority of this Court in *Phillion* that there may be circumstances in which it would be appropriate to admit it. It is, in effect, a plea for the acceptance in Canada of the *Frye* test initially applied in the United States (see *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923)) which has since been considerably eroded by the courts of that country.

Pour ces seuls motifs, je suis convaincu que le savant juge de première instance n'a commis aucune erreur en jugeant irrecevables en preuve les données fournies par le détecteur de mensonges.

^a Comme l'ont fait remarquer plusieurs commentateurs de l'affaire *Phillion*, chaque tribunal qui l'a entendue a invoqué des motifs différents pour écarter la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Le juge du procès a conclu que, si elle était admise, le jury lui donnerait trop de poids. La Cour d'appel a estimé qu'il s'agissait d'une preuve sous forme d'opinion portant sur la question même dont la cour se trouvait saisie et pour cette raison ^b elle ne devrait pas être admise. Par ailleurs, il semble se dégager implicitement de l'opinion de la majorité en cette Cour que la preuve obtenue par détecteurs de mensonges était inadmissible parce qu'elle constituait du oui-dire. Or, à mon avis, il ne convient pas de classer cette preuve dans la catégorie du oui-dire. On désirait la produire non pas pour établir la véracité de la déclaration mais simplement dans le but limité de s'en servir comme fondement de l'opinion de l'expert. Cette Cour a souvent admis des éléments de preuve à cette fin: voir *City of Saint John v. Irving Oil Co.*, [1966] R.C.S. 581; *R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263.

^f Dans l'affaire *Phillion*, quoique la minorité en Cour suprême du Canada, formée du juge en chef Laskin et du juge Spence, ait été d'accord avec la majorité qu'il y avait lieu dans les circonstances d'exclure la preuve obtenue par détecteurs de mensonges, elle s'est expressément abstenu de se prononcer sur la question de savoir si une telle preuve ne pourrait pas être admissible dans «d'autres circonstances». Quant à moi, j'estime que de telles «autres circonstances» existent en l'espèce.

ⁱ Le ministère public fait cependant valoir que la preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne devrait pas être admise parce qu'elle [TRADUCTION] «ne satisfait à aucune norme acceptable de fiabilité». Voilà évidemment qui est incompatible avec ce qu'a dit la minorité en cette Cour dans l'affaire *Phillion*, savoir qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles il conviendrait de l'admettre. Il s'agit en fait d'un plaidoyer en faveur de l'adoption au Canada du critère établi dans l'affaire *Frye*, lequel a été initialement appli-

The "general acceptance" test in *Frye* has now given way in the United States to the "reasonable reliability" test. Mark McCormick in his article "Scientific Evidence: Defining a New Approach to Admissibility" (1982), 67 *Iowa L. Rev.* 879, explains why at p. 904:

The courts that have moved away from *Frye* have obviously done so because of a perception that the standard is too rigid, somewhat unclear, and an unnecessary and undesirable barrier to the admissibility of scientific evidence in some situations. The effect of the departure from *Frye* has been a liberalization in the admission of scientific evidence. A discernible trend toward an expansive admissibility standard plainly exists.

Based on his analysis of the American cases modifying or rejecting *Frye*, McCormick concludes that the traditional test of relevancy and helpfulness provides a means for retaining the values of *Frye* without the cost of its disadvantages.

Having regard to the fact that it is completely open to the opposing party to cross-examine the operator as to the weaknesses inherent in the process and to call an opposing expert to dispute the validity or interpretation of the results, I see no reason to exclude the evidence of the polygraph. It is, moreover, well within the purview of the judge to issue a caution to the jury not to give undue weight to polygraph evidence if he or she considers such a caution warranted.

Conclusion

The polygraph evidence is clearly relevant. I am not persuaded that it falls within any of the exclusionary rules advanced by the Crown. I believe this case is clearly distinguishable from *Phillion*.

In the ordinary course the foregoing reasons would dictate a dismissal of the Crown's appeal. However, I do not believe that the Quebec Court

qué aux États-Unis (voir *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (D.C. Cir. 1923)) et dont la portée a par la suite été considérablement restreinte par les tribunaux de ce pays-là. Le critère de «l'acceptation générale» posé dans l'affaire *Frye* a maintenant cédé le pas aux États-Unis à celui de la «fiabilité raisonnable». Mark McCormick, dans son article «Scientific Evidence: Defining a New Approach to Admissibility» (1982), 67 *Iowa L. Rev.* 879, explique pourquoi, à la p. 904:

[TRADUCTION] Si certains tribunaux se sont éloignés de la décision *Frye*, cela tient évidemment à ce qu'ils ont considéré que la norme est trop rigide et plutôt vague et qu'elle représente dans certaines situations une entrave inutile et indésirable à l'admissibilité de preuves scientifiques. L'abandon de la décision *Frye* s'est traduit par une libéralisation en matière d'admission de preuves scientifiques. En effet, on discerne clairement une tendance vers une norme libérale en matière d'admissibilité.

Se fondant sur son analyse de la jurisprudence américaine modifiant ou rejetant la décision *Frye*, McCormick conclut que les critères traditionnels de la pertinence et de l'utilité fournissent un moyen de conserver ce qu'il y a de positif dans *Frye*, sans qu'on ait à supporter ses inconvénients.

Étant donné que la partie adverse à toute liberté de contre-interroger l'expert en détecteurs de mensonges au sujet des faiblesses inhérentes au procédé et de citer un autre expert pour contester les résultats du test ou l'interprétation donnée à ceux-ci, je ne vois aucune raison d'exclure la preuve obtenue par détecteurs de mensonges. Il est d'ailleurs certainement loisible au juge, s'il estime qu'une telle mise en garde s'impose, d'avertir le jury de ne pas accorder à la preuve obtenue par détecteurs de mensonges un poids indu.

Conclusion

La pertinence de la preuve obtenue par détecteurs de mensonges ne fait aucun doute. De plus, je ne suis pas convaincu que l'une quelconque des règles d'exclusion invoquées par la poursuite s'y applique. Selon moi, il est évident que la présente affaire peut être distinguée d'avec l'arrêt *Phillion*.

Normalement, les raisons que je viens d'exposer commanderaient le rejet du pourvoi du ministère public. Je ne crois cependant pas que le par-

of Appeal had jurisdiction under s. 613(2) of the *Criminal Code* to make the order it did. I would, therefore, allow the appeal and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the judgment of my colleague, McIntyre J. and agree with his proposed disposition of this appeal. I prefer, however, to base my decision solely on the following factors identified by him in the latter part of his judgment, namely, human fallibility in assessing the proper weight to be given to evidence cloaked under the mystique of science, and the inadvisability of expending time on collateral issues.

Appeal allowed, LAMER and WILSON JJ. dissenting on the merits.

Solicitors for the appellant: Jean-François Dionne, Québec; François Landry, Joliette.

Solicitors for the respondent Béland: Elfassy, Rose & Associés, Montréal.

613(2) du *Code criminel* autorise la Cour d'appel du Québec à rendre l'ordonnance qu'elle a rendue. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

^a Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire le jugement de mon collègue le juge McIntyre et je suis d'accord avec la façon dont il propose de trancher le pourvoi. Cependant, je préfère fonder ma décision uniquement sur les facteurs suivants qu'il a identifiés dans la dernière partie de son jugement, savoir la faillibilité humaine dans l'évaluation du poids à donner à la preuve empreinte de la mystique de la science et l'inopportunité de s'attarder à l'examen de questions incidentes.

^a *Pourvoi accueilli, les juges LAMER et WILSON sont dissidents sur le fond.*

Procureurs de l'appelante: Jean-François Dionne, Québec; François Landry, Joliette.

Procureurs de l'intimé Béland: Elfassy, Rose & Associés, Montréal.