

[Traduction non officielle produite par le CTDJ, avec le soutien de
Justice Canada]

**Sa Majesté la Reine c. Moore-McFarlane et al.
[Répertorié : R. v. Moore-McFarlane]**

**56 O.R. (3d) 737
[2001] O.J. n° 4646
Dossiers n°s C31374 et C30881**

**Cour d'appel de l'Ontario
Juges Charron, Sharpe et Simmons
30 novembre 2001**

[TRADUCTION NON OFFICIELLE]

Droit criminel -- Preuve -- Confessions et aveux -- Caractère volontaire -- Règle moderne sur l'admission d'une déclaration en ce qui concerne la fiabilité et l'équité procédurale -- Il incombe à la Couronne de prouver l'existence d'un dossier adéquat sur les circonstances de l'obtention d'une déclaration -- Caractère suffisant du dossier en ce qui concerne le fardeau de la Couronne de prouver le seuil de fiabilité lors du voir-dire et son fardeau de prouver la fiabilité en dernière analyse au juge des faits -- Il n'y a pas d'exigence absolue que la déclaration soit enregistrée sur bande audio ou vidéo, mais le fait de ne pas le faire lorsque les installations existent rend la déclaration suspecte -- Les accusés soutiennent que les confessions ont été obtenues sous la contrainte par l'escouade responsable des attaques à main armée -- Une partie de l'interrogatoire n'a pas été enregistrée sur bande audio et le rapport d'arrestation des deux accusés a été mystérieusement perdu -- M allègue avoir été battu avant que la déclaration soit enregistrée sur bande audio et avoir été interrogé pendant qu'il était nu -- B allègue avoir demandé à plusieurs reprises à parler à un avocat avant de faire sa déclaration -- Le juge du procès a statué que les déclarations étaient volontaires -- Le juge du procès a écarté les questions portant sur l'interaction entre la police et l'accusé avant l'enregistrement de la déclaration et a affirmé que les éléments de preuve concernant la question de savoir si des menaces avaient été faites ou si l'accusé était vêtu pendant l'interrogatoire n'étaient pas pertinents au regard des questions du voir-dire -- Les interventions et la décision du juge du procès lors du voir-dire témoignent d'une mauvaise compréhension du critère relatif au caractère volontaire ou d'un défaut d'avoir appliqué ce critère à la preuve -- Le juge du procès n'a pas traité des préoccupations relatives au caractère volontaire découlant de la preuve présentée lors du voir-dire -- La preuve présentée lors du voir-dire concernant la déclaration prise au poste de police n'est pas suffisante pour prouver le caractère volontaire -- Déclarations inadmissibles -- Appel accueilli et nouveau procès ordonné.

Droit criminel -- Sélection des jurés -- Récusation motivée -- Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de déterminer si les membres du tableau des jurés peuvent demeurer dans la salle d'audience pendant le processus de récusation motivée -- Les directives du juge du procès aux membres du tableau concernant le processus de récusation motivée étaient inadéquates -- Les directives n'ont pas aidé les vérificateurs à comprendre ce qu'est la partialité -- Les vérificateurs n'ont pas été informés que la norme pour une récusation fondée était la prépondérance des probabilités ou qu'ils pouvaient se retirer dans la salle des jurés pour se concerter -- Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de déterminer si l'avocat de la défense peut s'adresser aux membres du tableau des jurés -- L'avocat de la défense aurait pu aider le jury sur les questions de procédure omises dans les directives du juge du procès -- Directives aux membres du tableau inadéquates -- Appel accueilli -- Nouveau procès ordonné.

Les accusés M et B ont été inculpés de vol qualifié et d'autres infractions résultant du vol à main armée d'un dépanneur. M a nié toute participation au vol qualifié. Il a déclaré que la police l'avait abordé à proximité des lieux du vol qualifié, l'avait conduit à l'endroit où elle soutenait l'avoir appréhendé et l'avait arrêté pour vol qualifié. Lors d'un voir-dire visant à déterminer le caractère volontaire des déclarations inculpatives censément faites par M, ce dernier a déclaré que la police l'avait frappé à la mâchoire avec un émetteur-récepteur portatif pendant qu'ils étaient en route vers le poste. À leur arrivée, les policiers auraient attendu 30 minutes dans la voiture avant de faire entrer M dans le poste. Ce délai est inexplicable. Le juge du procès n'a pas permis à l'avocat de M. de poser des questions relatives aux événements antérieurs à l'interrogatoire proprement dit. L'avocat n'a pas corrigé l'hypothèse du juge du procès selon laquelle ces événements n'étaient pas pertinents en ce qui a trait à la question du caractère volontaire. M a également déclaré qu'il avait fait trois déclarations enregistrées sur bande audio pendant l'interrogatoire, bien que la police ait déclaré qu'il n'y en avait eu qu'une seule. Il a déclaré que sa confession était fautive, qu'il avait été contraint de faire une déclaration après avoir été agressé pendant l'interrogatoire par des membres de l'escouade responsable des attaques à main armée et qu'il avait été interrogé pendant qu'il était nu. La déclaration de M. n'a pas été enregistrée sur bande vidéo et la première demi-heure de son interrogatoire par la police n'a pas été enregistrée sur bande audio. Le juge du procès a statué que les déclarations étaient volontaires.

B a également témoigné lors du voir-dire et a nié toute participation au vol qualifié. Il a été aspergé de gaz poivré par la police avant d'être arrêté sur les lieux du vol qualifié. Le policier qui a procédé à l'arrestation a déclaré avoir informé l'accusé de son droit à un avocat et lui avoir demandé s'il souhaitait communiquer avec un avocat, ce à quoi B aurait répondu : [TRADUCTION] « Non, parce que mes yeux me font vraiment mal. » Le policier a continué à interroger B tout en l'emmenant à l'hôpital pour qu'il se fasse laver les yeux. B a répondu aux questions et a continué à se plaindre des effets du gaz poivré sur ses yeux. B a déclaré avoir été frappé au visage après avoir été placé dans la voiture de police. L'agent responsable du poste de police a déclaré que B avait une coupure à la lèvre lorsqu'il est arrivé. L'avocat de B a commencé à contre-interroger ce policier sur la question de la perte des rapports d'arrestation, mais le juge du procès a mis fin à cette série de questions. G, le policier qui avait plaqué B au sol sur les lieux du vol qualifié, a déclaré avoir eu une brève conversation avec B peu après l'arrivée de ce dernier au poste de police. Il a affirmé avoir fait une remarque à B sur le fait qu'il s'était laissé plaquer au sol par un vieux, ce à quoi B a répondu : [TRADUCTION] « Ça aurait été différent si j'avais eu mes gars pour me soutenir. » B a été interrogé par deux membres de l'escouade responsable des attaques à main armée. L'un d'entre eux a déclaré que B aurait dit : [TRADUCTION] « Vous nous avez, nous et le pistolet. Je suis foutu. Vous savez ce que vous avez à savoir. » L'interrogatoire n'a pas été enregistré sur bande vidéo.

L'avocat de B a cherché à contre-interroger ce policier sur sa connaissance des remarques récentes de la magistrature, principalement adressées à l'escouade responsable des attaques à main armée, concernant la nécessité d'enregistrer les interrogatoires sur bande vidéo. Le juge du procès a interrompu l'avocat au milieu de sa phrase et a indiqué à l'agent qu'il n'avait pas à répondre à cette question. Lorsque l'avocat a fait valoir que cette question était pertinente aux fins de son contre-interrogatoire, le juge a décidé qu'il s'agissait d'une question à débattre devant lui et qu'il n'appartenait pas au témoin d'y répondre. L'agent a confirmé que B n'avait pas eu l'occasion de vérifier l'exactitude des notes de la conversation et qu'on ne lui avait pas demandé de les parapher. B a déclaré qu'on lui avait dit, à son arrivée au poste de police, qu'il ne pouvait pas appeler son avocat, car il n'y avait pas de téléphone dans la zone de mise en détention. Il a déclaré avoir demandé à plusieurs reprises à parler à un avocat pendant l'interrogatoire et qu'on ne lui avait pas donné la possibilité de le faire. Il a déclaré que la police avait pris ses vêtements et qu'il avait été laissé en caleçon pendant l'interrogatoire. Le juge du procès a statué que les déclarations faites par B étaient volontaires. Bien que B ait soulevé la question d'une violation des droits que lui garantit l'alinéa 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ait cherché à écarter les déclarations en vertu de du paragraphe 24(2) de la *Charte*, aucune décision n'a été rendue sur la demande relative à la *Charte*.

Il y a eu un processus de récusation fondée sur la race de l'accusé. L'accusé a fait valoir que la procédure souffrait d'un défaut fatal, car le juge du procès avait autorisé les membres du tableau des jurés à rester dans la salle d'audience pendant le processus de récusation, que ses directives aux vérificateurs étaient inadéquates et qu'il avait commis une erreur en refusant de laisser l'avocat de la défense s'adresser aux vérificateurs.

B et M ont tous deux été déclarés coupables. Ils ont interjeté appel.

Arrêt : les appels sont accueillis.

Les deux éléments de la règle moderne des confessions, l'absence de menaces ou de promesses et les principes relatifs à l'« état d'esprit conscient », sont étroitement liés à la question prédominante de fiabilité. Puisque les confessions volontaires sont admises à titre d'exception à la règle du oui-dire, les préoccupations relatives à la fiabilité de la preuve sont à la base de la règle des confessions. À son tour, la fiabilité de la preuve est intrinsèquement liée à l'équité du procès, la deuxième raison d'être de la règle des confessions. Le souci d'équité s'étend non seulement à l'iniquité éventuelle causée par l'admission de la preuve lors du procès lui-même, mais aussi à la protection des droits de l'accusé au cours du processus d'enquête. Puisque l'admission d'une confession peut se révéler concluante de la culpabilité de l'accusé, le fardeau plus lourd de la preuve hors de tout doute raisonnable doit être satisfait avant que la preuve ne soit admise.

L'une des principales questions soulevées concernait le fait que les policiers avaient omis d'enregistrer sur bande audio ou vidéo les déclarations censément faites par l'accusé. Il n'existe pas de règle absolue concernant l'enregistrement audio ou vidéo des déclarations. Toutefois, il incombe à la Couronne d'établir un rapport suffisant de l'interaction entre le suspect et la police. Cette charge peut être facilement satisfaite par l'utilisation d'un enregistrement audio ou, mieux encore, vidéo. Lorsque le suspect est détenu, que des moyens d'enregistrement sont facilement disponibles et que la police entreprend délibérément d'interroger le suspect sans se soucier d'établir un rapport fiable, le contexte rend inévitablement suspect l'interrogatoire non enregistré qui en résulte. Le caractère suffisant du rapport n'est pas exclusivement lié à la question de la fiabilité et de la valeur probante en dernière

analyse. L'exhaustivité, l'exactitude et la fiabilité du rapport ont tout à voir avec l'enquête et l'examen par le tribunal des circonstances de l'obtention de la déclaration. Il est difficile de voir comment la Couronne pourrait s'acquitter du lourd fardeau qui lui incombe de prouver le caractère volontaire de la déclaration hors de tout doute raisonnable lorsque les procédures d'enregistrement appropriées n'ont pas été suivies.

De nombreuses interventions et décisions du juge du procès au cours du voir-dire donnent fortement à penser que ce dernier a soit mal compris le critère qui s'applique au caractère volontaire, soit ne l'a pas appliqué à la preuve. À plus d'une reprise, le juge du procès a remis en question la pertinence d'éléments de preuve présentés par la Couronne quant à tout ce qu'il s'est passé avant le début de l'interrogatoire dans la salle d'interrogatoire. Ces interventions témoignaient d'un manque d'appréciation de la nécessité d'examiner minutieusement toutes les circonstances de l'obtention d'une déclaration. Le juge du procès a enjoint à la procureure de la Couronne de ne pas interroger les témoins de la police sur la question de savoir s'il y avait eu des menaces, car [TRADUCTION] « il ne s'agissait pas d'un procès devant un juge seul ». La question de savoir si des menaces ou des promesses ont été faites pour obtenir des confessions est au cœur de la règle des confessions et n'est pas simplement une question relative à la fiabilité ou à la valeur probante de la preuve en dernière analyse. Le juge du procès s'est dit d'accord avec le commentaire de la procureure de la Couronne au début du voir-dire, selon lequel la question de savoir à quel point M était plus ou moins dévêtu au cours de l'interrogatoire [TRADUCTION] « n'avait pas grande importance ». Ce commentaire donne à entendre que le juge du procès a mal compris la nature convaincante de cette preuve sur la question de savoir si la confession alléguée avait été faite dans un climat oppressif qui excluait tout caractère volontaire. Le juge du procès a mis un terme au contre-interrogatoire de l'avocat de la défense sur le caractère insuffisant des notes prises par l'un des agents chargés de l'enregistrement dans la salle d'interrogatoire, au motif que ce type de questions n'était pas utile pour le voir-dire et qu'il s'agissait d'une question qui relevait du jury. Comme il est indiqué ci-dessus, l'exhaustivité, l'exactitude et la fiabilité du dossier sont intrinsèquement liées au fardeau qui incombe à la Couronne lors du voir-dire et ne sont pas simplement des questions relatives à la fiabilité et à la valeur probante de la preuve en dernière analyse. Le juge du procès a sommé l'avocat de M de présenter ses observations à mi-chemin du voir-dire, même si l'avocat s'attendait à ce que d'autres témoins qui allaient être appelés par la Couronne au sujet des déclarations présumées de B présentent des éléments de preuve pertinents quant à la thèse de son client. Bien que le juge du procès ait dit à l'avocat que la question pourrait être réexaminée plus tard au besoin, il a immédiatement statué sur la question du caractère volontaire avant d'entendre ces témoins supplémentaires. Cette approche donne à entendre que le juge du procès n'a pas pris en considération toutes les circonstances pertinentes pour déterminer le caractère volontaire. Cela a causé un préjudice réel à M, car les éléments de preuve produits par la Couronne qui concernaient directement B étaient susceptibles d'accréditer la thèse avancée par M sur le traitement qu'il avait reçu cette nuit-là. Le fait que le juge du procès ait limité le contre-interrogatoire des policiers par l'avocat de la défense sur les rapports d'arrestation perdus donne à entendre que le juge du procès a mal compris l'importance de cette preuve sur la question de la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat. En l'absence d'enregistrement audio ou vidéo des interrogatoires, les rapports d'arrestation auraient constitué la seule preuve confirmant la renonciation de chaque accusé à son droit à l'assistance d'un avocat. Le fait que le juge du procès n'ait pas mentionné la demande de B fondée sur l'alinéa 10b) de la *Charte*, ou qu'il n'ait même pas statué sur cette demande, donne à penser qu'il ne portait pas attention à cette question. Dans les circonstances de l'espèce, le fait que le juge du procès ait limité le contre-

interrogatoire de l'avocat de la défense sur la connaissance qu'avaient les policiers de l'exigence légale d'un enregistrement adéquat mine l'importance de la décision des policiers de ne pas enregistrer certaines des déclarations. Le fait que le juge du procès ait apparemment jugé à l'avance que le témoignage d'un policier corroborerait nécessairement celui de son collègue avant d'entendre le témoignage en question a compromis davantage l'apparence d'équité dans le déroulement du voir-dire.

Indépendamment de ces erreurs dans le déroulement du voir-dire, la preuve a soulevé un certain nombre de questions qui nécessitaient un examen et une décision appropriés, par exemple l'enregistrement occasionnel et médiocre des événements survenus entre le moment de l'arrestation de M et sa mise en détention au poste de police; son allégation selon laquelle il était nu pendant l'interrogatoire (ce qui soulève de sérieuses inquiétudes quant au fait que sa déclaration a été prise dans un climat oppressif qui a pu avoir une incidence sur son caractère volontaire); la perte mystérieuse des rapports d'arrestation; la réponse de B aux questions des policiers sur le vol qu'il a donnée dans la voiture de police en route vers l'hôpital alors que, de toute évidence, il souffrait et était incommodé; et l'allégation de B selon laquelle ses demandes répétées de parler à un avocat ont été rejetées.

Les conclusions du juge du procès sur le caractère volontaire ne sauraient être maintenues. Il ne s'agissait pas d'un cas approprié pour l'application de la disposition réparatrice. Il existait un risque très réel que le jury condamne les accusés sur le seul fondement de leurs prétendues confessions, sans prendre dûment en considération les autres questions soulevées par la défense au cours du procès.

Le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire d'autoriser les membres du tableau des jurés à rester dans la salle d'audience pendant le déroulement du processus de récusation motivée. Le juge du procès doit prendre en considération la nécessité d'éviter qu'on abuse du processus et d'en assurer l'équité pour l'accusé et les candidats jurés. Il n'a pas été démontré que le juge du procès a commis une erreur de principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ou que cet exercice a entraîné une erreur judiciaire. Les jurés n'ont pas été informés que la norme à appliquer pour décider d'une récusation était celle de la prépondérance des probabilités, que la décision devait être celle des deux vérificateurs ou qu'ils pouvaient se retirer dans la salle des jurés pour réfléchir à leur décision, pas plus qu'ils n'ont été informés de la signification du terme « partialité ». Bien que le juge du procès ait également eu le pouvoir discrétionnaire d'empêcher l'avocat de la défense de s'adresser aux membres du tableau, s'il l'avait autorisé, l'avocat de la défense aurait pu aider le jury en lui expliquant plus en détail la nature du processus de récusation motivée et la procédure qu'il devait suivre. Les directives du juge du procès aux membres du tableau étaient inadéquates.

APPEL de déclarations de culpabilité pour vol qualifié et d'autres infractions.

R. v. Hodgson, 1998 CanLII 798 (CSC), [1998] 2 R.C.S. 449, 163 D.L.R. (4th) 577, 230 N.R. 1, 127 C.C.C. (3d) 449, 18 C.R. (5th) 135 (sub nom. *R. c. H. (M.C.)*); *R. c. Lapointe*, 1987 CanLII 69 (CSC), [1987] 1 R.C.S. 1253, 21 O.A.C. 176, 76 N.R. 228, 35 C.C.C. (3d) 287, conf. (1983), 1983 CanLII 3558 (ONCA), 1 O.A.C. 1, 9 C.C.C. (3d) 366 (C.A.), **examinées**

Autres affaires mentionnées : *R. c. Barrett*, 1995 CanLII 129 (CSC), [1995] 1 R.C.S. 752, 21 O.R. (3d) 736n, 179 N.R. 70, 96 C.C.C. (3d) 319, 38 C.R. (4th) 1, inf. (1993), 1993 CanLII 3426 (ONCA), 13 O.R. (3d) 587, 82 C.C.C. (3d) 266, 23 C.R. (4th) 49 (C.A.); *R. v. Bell*, [1996] O.J. n° 4903 (Div. prov.); *R. v. Coke*, [1996] O.J. n° 1926 (Div. gén); *R. c. Egger*, 1993 CanLII 98 (CSC), [1993] 2 R.C.S. 451, 103 D.L.R. (4th) 678, 153 N.R. 272, 15 C.R.R. (2d) 193, 82 C.C.C. (3d) 193, 21 C.R. (4th) 186, 45 M.V.R. (2d) 161; *R. v. Falcher*, [1994] O.J.

n° 1922 (Div. gén.); *R. v. Haynes*, [2001] O.J. n° 73 (Div. gén.); *R. v. Hubbert* (1975), 1975 CanLII 53 (ONCA), 11 O.R. (2d) 464, 31 C.R.N.S. 27, 29 C.C.C. (2d) 279 (C.A. Ont.), conf. par 1977 CanLII 15 (CSC), [1977] 2 R.C.S. 267, 15 O.R. (2d) 324, 38 C.R.N.S. 381, 15 N.R. 139, 33 C.C.C. (2d) 207; *R. v. Li*, [1997] O.J. n° 4237 (Div. prov.); *R. v. Lim (No. 3)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 148 (H.C.J. Ont.); *R. v. Longman*, [1993] O.J. n° 4109 (Div. gén.); *R. v. Luong*, [1995] O.J. n° 1430 (C. prov.); *R. v. N. (D.)*, [1994] O.J. n° 3118 (C. prov.); *R. v. Nelson*, [1999] O.J. n° 4377 (Div. gén.); *R. c. Oickle*, 2000 CSC 38, [2000] 2 R.C.S. 3, 187 N.S.R. (2d) 201, 190 D.L.R. (4th) 257, 259 N.R. 227, 585 A.P.R. 201, 147 C.C.C. (3d) 321, 36 C.R. (5th) 129; *R. v. S. (M.J.)* (2000), 2000 ABPC 44 (CanLII), 80 Alta. L.R. (3d) 159, 32 C.R. (5th) 378 (C. prov.); *R. c. Starr*, 2000 CSC 40 (CanLII), [2000] 2 R.C.S. 144, 148 Man. R. (2d) 161, 190 D.L.R. (4th) 591, 258 N.R. 250, 224 W.A.C. 161, [2000] 11 W.W.R. 1, 147 C.C.C. (3d) 449, 36 C.R. (5th) 1; *R. v. Thompson* (28 juin 2000), juge Bellamy (Div. gén. Ont.); *R. v. Tsai*, [1995] O.J. n° 3413 (Div. gén.); *R. v. Vangent* (1979), 1978 CanLII 2525 (ONCJ), 42 C.C.C. (2d) 313 (C. prov. Ont.)

Loi mentionnée : *Charte canadienne des droits et libertés*, al. 10b), par. 24(2)

Lisa Joyal, pour l'intimée.

Scott K. Fenton, pour l'appelant Moore-McFarlane.

David M. Tanovich, pour l'appelant Bogel.

Le jugement de la Cour a été rendu par

La juge CHARRON : --

I. SURVOL DE L'APPEL

[1] À l'issue de leur procès devant juge et jury, les appelants Gregory Charles Moore-McFarlane et Paul Anthony Bogel ont été reconnus coupables de vol qualifié commis avec une arme à feu, d'utilisation d'un déguisement lors de la perpétration d'une infraction et d'autres infractions liées aux armes, à la suite du vol qualifié d'un dépanneur à Toronto le 26 mars 1997. Monsieur McFarlane a été condamné à un total de quatre ans d'emprisonnement et M. Bogel, à neuf ans, en plus des 13 mois qu'ils ont chacun passés en détention préventive. Ils font appel de leurs condamnations et de leurs peines.

[2] Les moyens de l'appel de la déclaration de culpabilité concernent le processus de récusation motivée et l'admissibilité des déclarations que chaque appelant aurait faites à la police. En ce qui concerne la première question, les deux appelants soutiennent que le processus de récusation motivée était fondamentalement vicié parce que le juge du procès a) a refusé d'exclure les membres du tableau des jurés pendant le processus, b) a donné des directives inadéquates aux vérificateurs, et c) a rejeté la demande de l'avocat de la défense de présenter des observations aux vérificateurs. Pour ce qui est de la deuxième question, chaque appelant soutient que la décision du juge du procès sur le caractère volontaire des déclarations qu'il aurait faites à la police était déraisonnable. En outre, M. Bogel soutient que le juge du procès aurait commis une erreur en n'examinant pas sa demande d'exclusion de sa déclaration en vertu du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* au motif qu'elle a été obtenue en violation de son droit à l'assistance d'un avocat que lui garantit l'al. 10b) et en ne statuant pas sur cette demande.

[3] À mon avis, la preuve produite lors du voir-dire portant sur le caractère volontaire des déclarations censément faites par chaque accusé ne peut raisonnablement suffire à fonder la conclusion du juge du procès selon laquelle les déclarations étaient volontaires, à l'exception d'une déclaration spontanée censément faite par M. McFarlane lors de son arrestation concernant des billets de loterie trouvés dans son manteau. Toutes les autres déclarations auraient dû être écartées. Puisque je ne suis pas convaincue qu'il s'agit d'un cas où il serait opportun d'invoquer la disposition réparatrice, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

[4] Qui plus est, il ressort clairement du dossier que le juge du procès a commis une erreur en n'examinant pas la demande de M. Bogel visant à écarter sa déclaration en application de la *Charte* et en ne statuant pas sur cette demande. Toutefois, vu ma conclusion sur la question du caractère volontaire, il ne sera pas loisible à la Couronne de produire la preuve des déclarations de M. Bogel lors du nouveau procès, de sorte que la demande de M. Bogel fondée sur la *Charte* devient théorique.

[5] Vu ma conclusion concernant les déclarations des appelants, il n'est pas nécessaire que je traite en détail les moyens d'appel relatifs au processus de récusation motivée. Toutefois, je ferai des commentaires généraux sur le processus suivi en l'espèce à la fin du présent arrêt. Enfin, puisqu'il y aura un nouveau procès, je me contenterai de faire un bref survol de la preuve et de relater plus en détail uniquement les faits qui sont pertinents au regard de l'admissibilité des déclarations des appelants.

II. SURVOL DE LA PREUVE

[6] Au procès, la Couronne a soutenu que MM. McFarlane et Bogel avaient participé au vol à main armée d'un dépanneur dans l'ouest de Toronto dans la soirée du 26 mars 1997. La Couronne a également allégué que M. Bogel avait tiré à deux reprises sur Peter Mills, un caméraman de la CFTO qui participait à la poursuite de la fourgonnette de fuite. Pour étayer sa thèse, la Couronne s'est appuyée sur les déclarations inculpatives censément faites par chaque appelant aux détectives de l'escouade responsable des attaques à main armée du Grand Toronto après son arrestation. Les déclarations en question et les circonstances dans lesquelles elles ont été faites seront examinées plus loin dans le présent arrêt. En outre, la Couronne s'est appuyée sur les éléments de preuve suivants :

- l'arrestation de M. McFarlane à proximité du dépanneur quelques minutes après le vol qualifié, en train de fuir les lieux et en possession de billets de loterie semblables à ceux subtilisés par les voleurs;
- des vêtements portés par M. McFarlane correspondant à la description donnée par un témoin oculaire du vol qualifié;
- des pièces d'identité au nom de la personne qui conduisait la fourgonnette de fuite trouvées en possession de M. McFarlane au moment de son arrestation;
- la présence de M. Bogel dans la fourgonnette de fuite;
- l'arme à feu et les vêtements censément portés par le tireur, retrouvés à proximité du lieu de l'arrestation de M. Bogel;
- l'identification par M. Mills de M. Bogel comme étant la personne qui lui a tiré dessus.

[7] Monsieur McFarlane a témoigné et a nié toute participation au vol qualifié. Au moment des faits, il était un adolescent de 19 ans sans casier judiciaire. Dans son témoignage, il a affirmé qu'il se trouvait à proximité des lieux du vol qualifié et qu'il attendait sa petite amie lorsqu'un policier l'a abordé, l'a conduit à l'endroit où la police a déclaré l'avoir appréhendé et l'a ensuite arrêté pour vol qualifié. Il a également affirmé que les billets de loterie trouvés dans le manteau qu'il portait appartenaient à son ami dont il avait emprunté la veste plus tôt dans la soirée pour impressionner sa petite amie. Monsieur McFarlane a affirmé que sa confession était fausse et qu'il avait été contraint de la faire après avoir été agressé et interrogé par les agents de l'escouade responsable des attaques à main armée pendant qu'il était nu. Les détectives ont nié avoir agressé M. McFarlane et ont affirmé l'avoir interrogé pendant qu'il était en sous-vêtements et en chaussettes.

[8] Monsieur Bogel a témoigné lui aussi. Il a admis s'être trouvé à proximité des lieux du vol qualifié pour acheter de la drogue. Il a toutefois nié avoir participé au vol qualifié et à la fusillade. Il a également nié avoir fait quelque déclaration que ce soit à la police. Il a présenté une défense fondée sur l'erreur sur la personne et la corruption policière. Pour étayer sa thèse de l'erreur sur la personne, M. Bogel s'est appuyé sur les éléments de preuve suivants :

- aucun résidu de poudre n'a été détecté sur ses mains;
- lors de son arrestation, M. Bogel portait un bandana d'une couleur différente de celle du bandana que le tireur portait selon la description de M. Mills. En outre, la taille et le poids de M. Bogel ne correspondaient pas à la description fournie par M. Mills;
- l'identification directe de M. Mills repose sur le fait qu'il a vu M. Bogel assis dans la voiture de police pendant qu'il était en état d'arrestation.

Pour étayer sa thèse de la corruption policière, M. Bogel s'est appuyé sur les éléments de preuve et les arguments suivants :

- la police n'a pas enregistré sur bande vidéo ou sur bande audio l'interrogatoire de M. Bogel, alors que le poste de police disposait d'un équipement d'enregistrement;
- le rapport original de l'arrestation a été perdu;
- les notes de la police concernant les vêtements portés par M. Bogel ont été trafiquées et bonifiées pour correspondre à la description fournie par M. Mills;
- la preuve que la police aurait trouvé un gant dans la poche arrière du pantalon de M. Bogel, produite par la Couronne pour réfuter l'importance de l'absence de résidus de poudre sur les mains de M. Bogel, était une fabrication, puisque ce pantalon n'avait pas de poche arrière.

III. LE VOIR-DIRE

[9] Après l'interpellation des deux appelants, mais avant la sélection des jurés, la procureure de la Couronne a demandé un voir-dire [TRADUCTION] « quant au caractère volontaire » des déclarations que chaque appelant aurait faites à la police. Bien que l'objectif du voir-dire ait été défini par la procureure de la Couronne uniquement en termes de caractère volontaire, il ressort clairement du dossier et des nouveaux éléments de preuve produits en appel que la procureure de la Couronne et le tribunal

savaient que M. Bogel cherchait également à écarter la déclaration en application du par. 24(2) de la *Charte*. Par conséquent, je ne vois pas le bien-fondé de l'argument avancé par la procureure de la Couronne en appel lorsqu'elle affirme dans son mémoire que rien n'indique dans le dossier que le voir-dire, en ce qui concerne M. Bogel, devait être un voir-dire mixte portant à la fois sur la question du caractère volontaire et sur l'allégation d'une violation de la *Charte*. Bien qu'il semble qu'aucun avis écrit n'ait été signifié à la Couronne et qu'aucun document de demande n'ait été déposé en ce qui concerne la demande fondée sur la *Charte*, la procureure de la Couronne n'a soulevé au procès aucune objection sur ces vices de procédure. Qui plus est, il ressort clairement du dossier que des éléments de preuve ont été produits et que des arguments ont été avancés en ce qui concerne les deux questions.

[10] Le fait que les deux questions (le caractère volontaire et l'allégation d'une violation de l'al. 10b) de la *Charte*) dont le tribunal était saisi en ce qui concerne M. Bogel devient particulièrement pertinent parce que le juge du procès, dans sa brève décision à la fin du voir-dire, n'a pas traité de la demande fondée sur la *Charte*. La Couronne s'appuie sur la présomption que le juge du procès connaît le droit et qu'il doit donc être considéré comme l'ayant appliqué correctement à la preuve sur les deux questions. La décision du juge du procès concernant les déclarations de M. McFarlane a également été très brève et la Couronne s'appuie sur la même présomption pour justifier la décision du juge du procès dans son cas. Il devient donc important, dans le cadre de l'évaluation par notre cour du caractère raisonnable de la décision du juge du procès, de prendre en considération le déroulement du voir-dire ainsi que les éléments de preuve qui ont été produits lorsqu'ils peuvent jeter un certain éclairage sur l'appréciation par le juge du procès des questions dont il était saisi. Les faits pertinents peuvent être résumés comme suit.

A. La preuve en lien avec la déclaration de M. McFarlane

1. Sur les lieux et en route vers le poste de police

[11] Dans son témoignage, le détective Lajeunesse a affirmé avoir arrêté M. McFarlane peu après 22 h 16, tandis qu'il courait dans une rue proche des lieux du vol et qu'il s'en éloignait. Monsieur Lajeunesse n'a eu qu'un bref contact avec M. McFarlane à ce moment-là avant de le remettre au détective May. Monsieur May a déclaré qu'il avait informé M. McFarlane de son droit à l'assistance d'un avocat, que M. McFarlane lui avait indiqué qu'il comprenait et qu'il ne souhaitait pas parler à un avocat. Monsieur May a fouillé M. McFarlane et a trouvé quatre billets de loterie dans la poche de son manteau, et M. McFarlane a immédiatement dit qu'il les avait trouvés dans la rue. Cette déclaration est l'une de celles qui ont été présentées ultérieurement au procès. Comme je l'ai indiqué précédemment, je suis d'avis que cette déclaration a été admise en preuve à bon droit. Aucun des arguments avancés en appel n'a d'incidence sur l'admissibilité de cette déclaration. Par conséquent, l'analyse qui suit ne concerne pas cette déclaration.

[12] Monsieur May a ensuite lu à M. McFarlane la mise en garde qui figurait dans son carnet de notes. Monsieur McFarlane a reconnu avoir compris et nié avoir volé ce qui que ce soit. Après l'arrivée d'autres agents sur les lieux vers 23 heures, MM. May et Lajeunesse sont partis avec M. McFarlane et sont arrivés au poste de la Division 12 quelques minutes plus tard. Ils ont ensuite attendu environ une demi-heure dans la voiture avant d'emmener M. McFarlane au poste. Monsieur May n'a pas pu expliquer ce délai, mais il a pensé que c'était peut-être parce que quelqu'un d'autre était en train d'être mis en

détention à ce moment-là. Dans son témoignage, il a affirmé n'avoir eu aucune conversation avec M. McFarlane dans la voiture.

[13] Dans son témoignage, M. McFarlane a affirmé que la police l'avait frappé à la mâchoire avec un émetteur-récepteur portatif pendant qu'ils se dirigeaient vers le poste de police et que les policiers n'avaient cessé de lui demander qui était impliqué dans le vol qualifié. Il a affirmé ne pas avoir été frappé violemment – [TRADUCTION] « on essayait de me faire peur; rien de trop fort ». Il n'a pas été blessé, mais il s'est senti [TRADUCTION] « un peu sonné ».

2. La mise en détention

[14] Messieurs May et Lajeunesse ont emmené M. McFarlane devant l'agent responsable du poste, le sergent d'état-major Pinfeld, où il a été mis en détention vers 23 h 33. Lorsque la procureure de la Couronne a cherché à obtenir le témoignage du premier témoin, M. Lajeunesse, sur ce qui s'était passé au moment de la mise en détention, le juge du procès est intervenu et l'échange suivant s'est ensuivi :

[TRADUCTION]

La Cour : De quoi s'agit-il ici [Maître]?

Avocat de la défense : Du caractère volontaire.

La Cour : De la déclaration dans la salle d'interrogatoire?

Avocat de la défense : Oui.

La Cour : Pourquoi passer par tout cela? Ils ne contestent pas ce que vous dites.

Procureure de la Couronne : Je vais poursuivre.

[15] Plus tard, au cours de l'interrogatoire principal de M. Lajeunesse, lorsque la procureure de la Couronne a demandé à l'agent, dans le cadre d'une série de questions concernant les menaces, les promesses et les incitations, s'il avait proféré des menaces à l'endroit de M. McFarlane pendant qu'il était avec lui, le juge du procès est intervenu et a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

La Cour : Ceci est devant juge seul. Laissez-faire cette question. [l'avocat de la défense] ne se soucie pas de cela. Il veut savoir ce qui se passe dans la salle d'interrogatoire.

Procureure de la Couronne : Pourvu que cela soit clair. Voilà mes questions.

[16] L'avocat de M. McFarlane n'a pas corrigé le postulat du juge du procès selon lequel les événements qui ont précédé l'interrogatoire à proprement parler n'étaient pas pertinents en ce qui a trait à la question du caractère volontaire. L'agent chargé de la mise en détention, M. Pinfeld, n'a pas témoigné lors du voir-dire concernant M. McFarlane, l'avocat de M. McFarlane ayant confirmé, en réponse à la question du juge du procès sur la pertinence de ce témoin, qu'il n'avait pas besoin de lui.

3. Dans la salle d'interrogatoire

[17] Dans leurs témoignages, M. Lajeunesse et May ont affirmé que M. McFarlane avait été escorté de la zone de mise en détention à la salle d'interrogatoire du bureau des enquêtes criminelles, où il avait été soumis à une fouille à nu. Monsieur Lajeunesse a affirmé que la fouille à nu de M. McFarlane avait pour objet la recherche d'armes et qu'au moment où il l'a quitté, M. McFarlane était assis sur un banc dans la salle d'interrogatoire et qu'il était [TRADUCTION] « rhabillé ». Monsieur Lajeunesse ne se souvenait pas du moment où il avait saisi les vêtements de M. McFarlane, mais il avait une note indiquant qu'il avait remis les vêtements à un détective des services d'identité judiciaire à 5 h 15. Au cours du réinterrogatoire, la procureure de la Couronne a cherché à obtenir du policier des éléments de preuve indiquant qu'il avait donné de nouveaux vêtements à M. McFarlane. Le juge du procès est intervenu et a fait remarquer à juste titre à la procureure de la Couronne qu'elle aurait pu traiter cette question dans le cadre de l'interrogatoire principal. L'avocate de la Couronne n'a pas poursuivi ses questions et a déclaré : [TRADUCTION] « [cette question] n'a pas grande importance », ce à quoi le juge du procès a répondu : [TRADUCTION] « vous avez raison là-dessus. »

[18] Monsieur May a été appelé à témoigner ensuite. En ce qui concerne la façon dont M. McFarlane était vêtu lorsqu'il l'avait laissé dans la salle d'interrogatoire, il n'était pas sûr de ce que M. McFarlane portait, mais pensait qu'il était [TRADUCTION] « partiellement habillé » et qu'il était peut-être vêtu de sa chemise et de son pantalon.

[19] Vers 23 h 50, les détectives Peter Lacey et Doug Yarenko sont entrés dans la salle d'interrogatoire où M. McFarlane était assis. Dans son témoignage, M. Yarenko a déclaré que M. McFarlane était vêtu de chaussettes blanches et d'un caleçon boxer jaune et que le reste de ses vêtements se trouvait à l'extérieur, dans un contenant. Monsieur Yarenko a déclaré qu'il avait ordonné que les vêtements de M. McFarlane soient saisis afin qu'ils puissent être soumis à des analyses criminalistiques. Il a confirmé que M. McFarlane n'avait reçu d'autres vêtements qu'une fois l'interrogatoire terminé.

[20] Dans son témoignage, M. Yarenko a affirmé avoir agi comme témoin de l'interrogatoire mené par M. Lacey. Il a déclaré que M. Lacey a fait un interrogatoire questions-réponses de 23 h 50 environ jusqu'à 0 h 22 environ, heure à laquelle M. Lacey est sorti de la pièce pour aller chercher un magnétophone. À 0 h 24, M. Lacey est revenu dans la pièce et la conversation a commencé à être enregistrée, pour se terminer à 0 h 46. Monsieur Yarenko n'a pris aucune note de la conversation, mais a relu plus tard les notes de M. Lacey et y a apposé ses initiales. Lorsque M. Yarenko a été contre-interrogé sur le peu de notes qu'il avait prises entre 23 h 50 et 0 h 22, le juge du procès est intervenu et a déclaré : [TRADUCTION] « N'est-ce pas là quelque chose pour le jury ? Il a dit avoir lu le carnet de M. Lacey et l'avoir signé. Vous pouvez faire cela avec le jury. Cela n'est pas utile pour le voir-dire. »

[21] Monsieur Yarenko a ensuite été contre-interrogé par l'avocat de M. Bogel au sujet des rapports d'arrestation qui avaient été établis pour les deux appelants. En particulier, l'avocat a noté la mention, sur le formulaire habituel, du droit qu'avait le détenu d'utiliser raisonnablement le téléphone, l'espace réservé à sa signature et la case indiquant [TRADUCTION] « appel non souhaité ». Monsieur Yarenko a confirmé que des rapports avaient été signés par les deux appelants le soir en question, chacun indiquant qu'il renonçait à son droit à un avocat, mais que ces documents avaient été perdus par la suite.

[22] Dans son témoignage, M. Lacey a affirmé que même si, lors de l'enquête préliminaire, il ne se souvenait pas de ce que portait M. McFarlane, il y avait réfléchi depuis et se souvenait maintenant que M. McFarlane portait un caleçon jockey et une paire de chaussettes. Il a déclaré avoir mené

l'interrogatoire et pris des notes sur les questions et les réponses dans son carnet. Il a déclaré que les questions et réponses qui suivent représentaient un compte rendu complet, bien que non textuel, de la conversation d'une demi-heure qui s'est déroulée de 23 h 50 à 0 h 22 :

[TRADUCTION]

Q. Savez-vous pourquoi on vous a arrêté?

R. Oui, ils ont dit vol qualifié.

Q. Voulez-vous nous parler?

R. Bien sûr, je vous dirai ce qu'il s'est passé.

Q. Avant de le faire, je tiens à vous avertir que vous n'êtes pas obligé de nous parler si vous ne le voulez pas. Comprenez-vous?

R. Oui.

Q. Voulez-vous appeler un avocat?

R. Non, ce n'est pas nécessaire.

Q. Est-ce que l'agent vous a fait part de vos droits, et tout ça?

R. Oui.

Q. Alors vous savez que vous n'êtes pas obligé de nous parler si vous ne le voulez pas?

R. Oui.

Q. Que s'est-il passé?

R. Bien, j'ai couru et je me suis fait prendre.

Q. D'où étiez-vous parti en courant?

R. Du magasin, il y avait du monde qui s'en venait, j'étais chargé de faire le guet.

Je lui ai alors demandé : [TRADUCTION] « Avant d'aller plus loin, j'aimerais vous donner le choix. Si vous le souhaitez, je peux vous emmener dans un endroit où nous pourrions poursuivre cette conversation à la télévision ou je peux simplement prendre un magnétophone. Que voulez-vous faire? »

Il a répondu [TRADUCTION] « Comme vous voulez ». J'ai dit : « Eh bien, j'ai un magnétophone dans ma mallette. » Il a répondu : « D'accord. »

[23] Dans son témoignage, M. Lacey a affirmé qu'il avait ensuite quitté la pièce pour aller chercher un magnétophone et qu'il avait ensuite enregistré l'interrogatoire de 0 h 24 à 0 h 42. La transcription de cet interrogatoire a été présentée ultérieurement au procès.

[24] La procureure de la Couronne a annoncé, après le témoignage de M. Lacey, qu'elle avait produit tous ses témoins concernant M. McFarlane. L'avocat de la défense a choisi d'appeler son client à la barre.

[25] Dans son témoignage, M. McFarlane a affirmé qu'on l'avait laissé nu après la fouille à nu pendant toute la durée de l'interrogatoire. Il a affirmé que lorsque MM. Yarenko et Lacey sont entrés pour lui parler, l'un des agents lui a donné un coup de poing au visage. Les agents ont demandé à M. McFarlane de leur raconter ce qui s'était passé. Monsieur McFarlane leur a répondu qu'il ne savait rien. Les agents ont continué à le frapper et à lui donner des coups de poing. Les coups étaient rapides. Ils atterrissaient toujours du même côté de son visage. Monsieur McFarlane a déclaré que la déclaration enregistrée sur bande audio qui se trouvait devant le tribunal était en fait sa troisième tentative de déclaration enregistrée sur bande vidéo. La première tentative [TRADUCTION] « n'avait pas marché » parce que M. McFarlane pleurait et reniflait trop. La deuxième n'avait pas fonctionné parce que M. McFarlane se plaignait trop. Monsieur McFarlane a affirmé avoir été frappé après chacun des deux premiers enregistrements jusqu'à ce qu'il mette les choses au clair. Les agents lui ont donné les répliques et les renseignements. La déclaration n'était pas vraie. Il a simplement fait sa déclaration pour pouvoir rentrer chez lui.

B. La décision du juge du procès portant sur les déclarations de M. McFarlane

[26] À la fin du témoignage de M. McFarlane, le juge du procès a demandé aux avocats de présenter leurs observations. L'avocat de M. McFarlane a fait savoir que certains des témoins qui seraient appelés à comparaître au sujet des déclarations de M. Bogel auraient une incidence sur sa thèse et a donc demandé l'autorisation de réserver ses observations jusqu'à la fin du voir-dire. Le juge du procès a ordonné à l'avocat de présenter ses observations sur-le-champ, en indiquant ceci : [TRADUCTION] « Si la situation évolue, nous la réexaminerons ».

[27] L'avocat a fait valoir que les circonstances de la prise de la déclaration de M. McFarlane soulevaient un doute raisonnable quant à son caractère volontaire. L'avocat s'est principalement appuyé sur la séquence suspecte des événements, depuis le déni par son client de toute connaissance d'un vol qualifié jusqu'à sa présumée pleine collaboration avec la police, ainsi que sur les preuves contradictoires concernant la question de savoir comment M. McFarlane était vêtu pendant son interrogatoire par les policiers. Il a fait valoir que les propres témoignages des agents sur cette question devraient préoccuper le tribunal.

[28] La procureure de la Couronne a soutenu que la version des faits de M. McFarlane n'était pas digne de foi. Elle s'est appuyée sur des aspects invraisemblables de son récit, sur le fait qu'il ne s'était pas plaint de blessures et sur l'absence de contre-interrogatoire des témoins de la Couronne par son avocat en ce qui concerne ses allégations.

[29] À la suite des observations des deux avocats, le juge du procès a rendu la décision suivante sur l'admissibilité des déclarations de M. McFarlane :

[TRADUCTION] Je suis convaincu que la déclaration est volontaire dans les circonstances de ce cas particulier. Je suis convaincu que M. Moore-McFarlane a été informé de ses droits, qu'il a été mis en garde de manière appropriée et qu'il a fait la déclaration. J'estime que celle-ci a été faite

dans un état d'esprit conscient et qu'elle était volontaire dans les circonstances. En conséquence, elle sera admise.

[30] Après que l'avocat eut demandé des éclaircissements, le juge du procès a confirmé que sa décision s'appliquait à la fois à la conversation avec M. May [TRADUCTION] « dans la voiture de police » (sans doute une référence à la déclaration faite sur les lieux lors de l'arrestation) et à sa déclaration au poste de police. Le voir-dire s'est alors poursuivi.

C. Preuve en lien avec les déclarations de M. Bogel

1. Avant l'arrivée au poste de police

[31] Monsieur Bogel a eu son premier contact avec la police la nuit du vol qualifié, lorsqu'il a été plaqué au sol par le détective Robert Gallant après une poursuite en voiture et à pied. Monsieur Bogel s'est débattu avec le policier et plusieurs autres agents sont venus prêter main-forte. Monsieur Bogel a finalement été maîtrisé lorsque l'agent William Gueran l'a aspergé de gaz poivré. Il a ensuite été amené à la voiture de police.

[32] Dans son témoignage, M. Gueran a fait part de sa propre expérience antérieure du gaz poivré et de ses effets. Il a déclaré que, lorsqu'il avait été aspergé de gaz poivré à une occasion dans le cadre de ses fonctions de policier, le produit avait eu un effet immobilisant immédiat, et qu'il avait ressenti une sensation de brûlure dans les yeux avec une intensité décroissante pendant les dix heures qui avaient suivi. Il ne s'était pas fait laver les yeux à cette occasion.

[33] Dans son témoignage, l'agent Steven Srenensky a affirmé avoir eu une conversation avec M. Bogel dans la voiture de police. Il lui a demandé son nom et, à 22 h 31, il l'a informé qu'il était en état d'arrestation pour vol qualifié. Lorsqu'il lui a demandé s'il avait compris, M. Bogel a répondu : [TRADUCTION] « Oui; mes yeux me font vraiment mal. » Monsieur Srenensky a ajouté avoir ensuite informé M. Bogel de son droit à un avocat et lui avoir demandé s'il souhaitait communiquer avec un avocat, ce à quoi Bogel a répondu : [TRADUCTION] « Non, parce que mes yeux me font vraiment mal. »

[34] Monsieur Bogel a ensuite été transporté par MM. Gueran et Srenensky au poste de police, où ils sont restés brièvement, puis à l'hôpital afin de se faire laver les yeux du gaz poivré. Dans son témoignage, M. Srenensky a déclaré qu'il avait continué à interroger M. Bogel sur le chemin de l'hôpital, lui demandant ses nom et prénom, sa date de naissance, les noms des hommes qui étaient avec lui ce soir-là, leurs surnoms, et qui conduisait la fourgonnette de fuite. Monsieur Bogel a répondu aux questions tout en continuant à se plaindre des effets du gaz poivré sur ses yeux.

[35] Monsieur Bogel a témoigné lors du voir-dire. Il a affirmé ne jamais avoir été aspergé de gaz poivré auparavant. Lorsqu'on lui a demandé de décrire l'effet produit, il a déclaré : [TRADUCTION] « En un mot, j'ai perdu le contrôle de mon corps. Je ne pouvais ni bouger ni voir. Mes genoux me faisaient mal. Je ne pouvais plus respirer. » Il a également déclaré avoir ressenti beaucoup de douleur et d'inconfort, que les effets s'étaient quelque peu atténués au moment où il est arrivé à l'hôpital, mais qu'ils se sont poursuivis pendant un certain temps. Le récit de M. Bogel concernant la conversation avec le policier immédiatement après son arrestation est le suivant :

[TRADUCTION]

Q. Que s'est-il passé lorsque vous avez été placé dans la voiture de police?

R. Il est entré et a dit : « Comment tu t'appelles? » et j'ai répondu : « Paul ».

Q. Qui est entré?

R. L'agent. Je ne sais pas qui était l'agent, car je ne pouvais pas voir.

Q. Quelle était la nature de la conversation?

R. La première chose qu'il m'a dite, c'est : « Tu as été aspergé de gaz poivré? » et j'ai répondu : « Oui, j'ai les yeux qui brûlent. » Il m'a dit : « Reste calme. Ne bouge pas. Laisse le gaz poivré faire son effet et ça partira. »

Il a commencé à me demander : « Avec qui étais-tu impliqué dans le vol qualifié? » et j'ai répondu : « Quel vol qualifié? De quoi parles-tu? »

Il m'a giflé du revers de la main et il m'a dit : « Ne fais pas le malin avec moi. » Il m'a demandé : « Qui sont tes amis ? » et j'ai répondu : « Qu'est-ce que tu veux dire? Quels amis? J'ai beaucoup d'amis. » Il a dit : « Les amis qui étaient avec toi lors du vol qualifié » et j'ai dit : « Je ne sais pas de quels amis tu parles. » Il a demandé : « Qui était le conducteur du véhicule dans lequel tu étais? » J'ai dit « Paco », et j'ai donné le nom parce que je connaissais le conducteur.

Q. Lorsque vous avez été giflé, quelle partie de votre corps a été touchée?

R. Le menton, la lèvre inférieure, parce que j'avais une coupure à l'intérieur de la lèvre.

Q. La lèvre inférieure ou la lèvre supérieure?

R. La lèvre inférieure.

Q. De la gifle du revers de la main?

R. Oui.

Q. Frappé à d'autres reprises à l'arrière de la voiture de police?

R. Il me disait : « Ne fais pas le malin avec moi. Il sait ce qu'il s'est passé. Dis-moi ce qu'il s'est passé », et je lui ai répondu : « Je ne sais pas de quoi tu parles. »

Q. Combien de temps a duré la conversation?

R. Je n'y portais pas attention.

Q. Y a-t-il eu d'autres conversations à l'arrière de la voiture de police, ou est-ce que c'est tout?

R. Je lui disais : « Je veux parler à mon avocat. Je veux faire un appel téléphonique et je veux parler à mon avocat. Je n'ai rien à te dire. »

2. La mise en détention

[36] Dans leurs témoignages, MM. Gueran et Srenensky ont tous deux affirmé que M. Bogel avait été ramené au poste de police et présenté à l'agent responsable, le sergent Pinfeld, à 23 h 06. Monsieur Pinfeld, quant à lui, a noté son premier contact avec M. Bogel à 23 h 29. Monsieur Pinfeld a déclaré que

M. Bogel présentait des signes indiquant qu'il avait été aspergé de gaz poivré et qu'il avait une coupure à la lèvre. Monsieur Pinfeld a expliqué qu'au cours du processus de mise en détention, il s'assure que le prisonnier a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat et qu'il a été mis en garde. Monsieur Pinfeld a ajouté que les détenus sont également informés qu'ils peuvent utiliser le téléphone et qu'il ne refuserait pas une demande d'accès à un téléphone. Monsieur Pinfeld pensait que ce processus avait été suivi cette nuit-là. Il a déclaré que M. Bogel était resté calme et n'avait formulé aucune plainte ou demande à ce moment-là.

[37] L'avocat de M. Bogel a contre-interrogé M. Pinfeld sur la question des rapports d'arrestation perdus. Monsieur Pinfeld a déclaré qu'il ne se souvenait pas d'avoir signé un rapport d'arrestation. Il a ensuite été renvoyé à son témoignage à l'enquête préliminaire, où il avait déclaré qu'il pensait avoir signé un rapport d'arrestation. Le juge du procès est intervenu dans le contre-interrogatoire et a demandé à l'avocat s'il faisait valoir qu'il y avait eu perte du rapport d'arrestation. Lorsque l'avocat a confirmé que c'était effectivement ce qu'il soutenait, le juge du procès a déclaré : [TRADUCTION] « Vous pouvez vous adresser à la Cour d'appel sur cette question. » L'avocat a insisté pour que sa thèse soit consignée dans le dossier. Après un nouvel échange entre l'avocat et le tribunal, le juge du procès a ordonné à l'avocat de la défense de ne pas poursuivre son contre-interrogatoire sur cette question. L'avocat s'est conformé à cette décision.

[38] La version de M. Bogel sur le processus de mise en détention est la suivante. Il a confirmé que M. Pinfeld lui avait demandé s'il avait été informé de ses droits. Monsieur Bogel a répondu par la négative et M. Pinfeld lui a donc lu ses droits. Monsieur Bogel a confirmé qu'il avait compris et a affirmé qu'il avait demandé à parler à son avocat. Dans son témoignage, M. Bogel a affirmé que M. Pinfeld lui avait dit qu'il ne pouvait pas appeler son avocat à ce moment-là parce qu'il n'y avait pas de téléphone dans la zone de mise en détention.

3. Déclaration censément faite à M. Gallant

[39] Dans son témoignage, M. Gallant a affirmé que vers 23 h 08, peu après l'arrivée de M. Bogel au poste de police, M. Bogel a demandé à lui parler. Monsieur Gallant s'est rendu dans la salle d'interrogatoire pour lui parler. Les agents Gueran et Srenensky se trouvaient dans la salle d'interrogatoire avec M. Bogel. Dans son témoignage, M. Gallant a fait part de sa brève conversation avec M. Bogel comme suit :

[TRADUCTION]

Le policier Gueran et le policier Srenensky étaient présents. Ils commençaient à fouiller M. Bogel. Le commentaire qu'il m'a fait a été : « Bon plaquage, mon gars », puis il m'a tendu la main pour me la serrer.

Q. Lui avez-vous serré la main?

R. Je l'ai fait par la suite. J'ai répondu à son commentaire.

Q. Qu'avez-vous répondu?

R. « Vous êtes un méchant, je suis un homme bon, et je dois faire ce que j'ai à faire », et c'est à ce moment-là que je lui ai serré la main.

Je lui ai alors demandé : « Quel âge as-tu ? » et il m'a répondu 25 ans, ce à quoi j'ai répondu : « Tu t'es laissé plaquer par un vieux comme moi ? »

Q. A-t-il répondu à ça?

A. Oui.

Q. Qu'est-ce qu'il a dit?

A. « Ça aurait été différent si j'avais eu mes gars pour me soutenir. »

[40] Dans son témoignage, M. Gueran a d'abord affirmé avoir procédé à la fouille à nu de M. Bogel, puis a ajouté que M. Gallant était entré dans la pièce et avait eu [TRADUCTION] « une brève conversation » avec M. Bogel. Monsieur Gueran n'a pris aucune note de cette conversation et ne se souvient pas de son contenu. Lorsqu'on lui a demandé précisément ce que M. Bogel portait au moment de cette conversation, M. Gueran a déclaré que M. Bogel était habillé et que c'est après cette rencontre qu'il a subi une fouille à nu. Monsieur Srenensky a confirmé qu'une conversation avait eu lieu entre MM. Gallant et Bogel, mais il ne savait pas comment elle s'était déroulée et ne pouvait pas témoigner de son contenu. Monsieur Srenensky n'a pris aucune note de cette rencontre.

[41] Monsieur Bogel a confirmé que M. Gallant était venu le voir lorsqu'il se trouvait dans la salle d'interrogatoire avec les deux autres agents, mais il a nié lui avoir fait la moindre déclaration. Monsieur Bogel a déclaré avoir demandé à plusieurs reprises à parler à son avocat et avoir dit à M. Gallant qu'il voulait parler à son avocat et non à lui. Dans son témoignage, M. Bogel a déclaré que les agents lui ont ensuite pris ses vêtements et qu'il s'est retrouvé en caleçon et en short.

4. Interrogatoire par les agents enquêteurs

[42] Monsieur Bogel a ensuite été interrogé par deux détectives de l'escouade responsable des attaques à main armée, MM. MacCallum et Short. L'interrogatoire a commencé à 23 h 40. Monsieur MacCallum se souvient que M. Bogel portait un T-shirt foncé et un pantalon au moment de l'interrogatoire. Dans son témoignage, M. MacCallum a fait part de l'échange suivant :

[TRADUCTION]

R. J'ai dit : « Vous êtes accusé de vol qualifié, de déguisement, de possession d'une arme à feu à autorisation restreinte non enregistrée, de possession d'une arme à feu pendant que cela vous était interdit et de tentative de meurtre », et je lui ai posé la question « Comprenez-vous ces accusations? » et il a répondu « Oui, monsieur. »

À la question suivante : « On vous a déjà fait part de vos droits à un avocat? », il a répondu : « Ouais. » Je lui ai demandé : « Vous avez compris ces droits? » et il a répondu : « Ouais. » J'ai dit : « Souhaitez-vous appeler un avocat ou parler à un avocat de service? » et il a répondu : « Non, pas maintenant. »

J'ai lu au dos de mon carnet la mise en garde à M. Bogel et je lui ai demandé s'il l'avait comprise, ce à quoi il a répondu : « Oui, monsieur. »

Je lui ai lu la mise en garde secondaire et lui ai demandé s'il l'avait comprise, ce à quoi il a répondu : « Ouais. »

J'ai alors dit : « Si j'ai bien compris, c'est vous qui avez été pris avec l'arme ce soir? » et il a répondu : « Oui, monsieur. » J'ai demandé : « Voulez-vous faire une déclaration sur ce qu'il s'est passé au dépanneur ce soir? » et il a répondu : « Vous nous avez, nous et le pistolet. Je suis foutu. Vous savez ce que vous avez à savoir. Je ne ferai pas de déclaration. »

[43] L'avocat de M. Bogel a cherché à contre-interroger M. McCallum sur sa connaissance des remarques récentes de la magistrature, principalement adressées à l'escouade responsable des attaques à main armée, concernant la nécessité d'enregistrer les interrogatoires sur bande vidéo. Le juge du procès a interrompu l'avocat au milieu de sa phrase et a indiqué au témoin qu'il n'avait pas à répondre à cette question. Lorsque l'avocat a fait valoir que cette question était pertinente au regard de son contre-interrogatoire, le juge a décidé qu'il s'agissait d'une question à débattre devant lui et qu'il n'appartenait pas au témoin d'y répondre. L'avocat a donc poursuivi son contre-interrogatoire et a simplement obtenu de M. MacCallum la confirmation qu'il n'y avait pas eu de discussion avec les autres agents avant d'interroger M. Bogel pour savoir si des moyens d'enregistrement sur bande audio ou vidéo allaient être utilisés, que rien n'empêchait l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement et que l'agent avait choisi de ne pas enregistrer l'interrogatoire. Monsieur MacCallum a également confirmé qu'on n'avait pas donné à M. Bogel l'occasion de vérifier l'exactitude des notes de la conversation et qu'on ne lui avait pas demandé de les parapher.

[44] En réinterrogatoire, la Couronne a demandé à M. MacCallum pourquoi il avait choisi de ne pas utiliser les installations d'enregistrement sur bande vidéo. Monsieur MacCallum a répondu ceci :

[TRADUCTION]

La première rencontre avec l'homme, s'il allait faire une déclaration officielle, nous lui demanderions et nous en ferions une, et il a répondu par l'affirmative.

[45] La procureure de la Couronne a alors annoncé que le dernier témoin du voir-dire était l'agent Short. Le juge du procès a demandé à la procureure de la Couronne si ce témoin allait dire quelque chose de différent du précédent. La procureure de la Couronne a indiqué qu'elle ne s'attendait pas à ce que ce soit le cas. Le juge du procès a alors ordonné que le témoin soit appelé à la barre des témoins pour le contre-interrogatoire seulement, déclarant qu'il n'était pas nécessaire que la Couronne fasse l'interrogatoire principal du témoin, puisque celui-ci [TRADUCTION] « n'ajoutera rien de différent à ce qui a été dit ». L'avocat de la défense s'est opposé à cette décision, indiquant qu'il s'agissait d'une question qui devait être divulguée dans la preuve, à savoir si le témoin ajouterait ou enlèverait quoi que ce soit à ce qui avait déjà été dit par le témoin précédent. Malgré les objections de l'avocat de la défense et l'affirmation de la procureure de la Couronne qu'elle était prête à interroger le témoin en interrogatoire principal, le juge du procès a ordonné à la procureure de la Couronne de ne pas interroger le témoin et à l'avocat de M. Bogel de procéder à son contre-interrogatoire.

[46] Dans son témoignage, M. Short a affirmé qu'il était présent lors de l'interrogatoire de M. Bogel en tant que témoin. Cependant, il n'a pris aucune note de l'interrogatoire et s'est contenté de consulter les

notes de M. MacCallum pour se rafraîchir la mémoire. Il a confirmé qu'il n'avait pas été question d'utiliser un appareil d'enregistrement. La procureure de la Couronne a réinterrogé le témoin sur ce point. Monsieur Short a expliqué en ces termes pourquoi il n'avait pas utilisé d'appareil d'enregistrement :

[TRADUCTION]

Lorsque nous sommes entrés dans la salle, nous sommes allés l'interroger. Au cours de notre enquête, il a affirmé qu'il ne souhaitait pas faire de déclaration à ce moment-là.

[47] La procureure de la Couronne a demandé ce qui aurait été fait si M. Bogel avait souhaité faire une déclaration. Monsieur Short a répondu qu'il aurait eu le choix entre « audio/vidéo, dactylographiée ou manuscrite » et que son choix aurait été respecté.

[48] Monsieur Bogel a nié avoir dit quoi que ce soit aux policiers. Dans son témoignage, il a affirmé plutôt avoir demandé à plusieurs reprises à parler à un avocat, mais qu'on ne lui avait pas donné l'occasion de le faire. Après cet interrogatoire, on lui avait rendu ses vêtements.

D. La décision du juge du procès concernant les déclarations de M. Bogel

[49] L'avocat de M. Bogel a soutenu que les déclarations de son client devaient être écartées en vertu à la fois de la *Charte* et de la common law. En ce qui concerne l'argument fondé sur la *Charte*, l'avocat s'est appuyé sur l'affirmation de son client selon laquelle ses demandes répétées de parler à un avocat ont été rejetées et sur l'absence totale de confirmation du témoignage des policiers sur la question de la renonciation. Dans sa plaidoirie, l'avocat s'est beaucoup appuyé sur le fait que plusieurs copies du rapport d'arrestation, censées confirmer que M. Bogel ne souhaitait pas parler à un avocat, avaient été mystérieusement perdues. En ce qui concerne le caractère volontaire, l'avocat a beaucoup insisté sur le fait que la police n'avait enregistré aucune des déclarations alléguées. Il a fait valoir que la décision délibérée du policier de ne pas enregistrer les déclarations soulevait un doute raisonnable quant à leur caractère volontaire, compte tenu notamment du fait que les éléments de preuve comportaient des incohérences et des contradictions. L'avocat a également soutenu que la déclaration censément faite à M. Gallant était hautement préjudiciable et sans rapport avec les questions faisant l'objet de l'enquête. L'avocat a en outre fait valoir que toute déclaration censément faite par son client pendant qu'il souffrait des effets du gaz poivré ne pouvait être considérée comme volontaire.

[50] La procureure de la Couronne a soutenu que M. Bogel n'était pas un témoin crédible et qu'il n'y avait aucune preuve indépendante corroborant sa version des faits. Elle a fait valoir que la police n'était pas tenue de filmer un entretien avec un suspect et que, en tout état de cause, les agents avaient simplement demandé à M. Bogel s'il souhaitait faire une déclaration officielle.

[51] Voici comment le juge du procès a statué sur l'admissibilité de la déclaration qu'aurait faite M. Gallant :

[TRADUCTION] Compte tenu des circonstances de l'espèce, comme j'ai dit à [la procureure de la Couronne] qu'elle n'avait pas à commenter la déclaration faite à l'agent Gallant, j'estime que cette déclaration était libre et volontaire dans les circonstances. Je ne sais pas si elle sera utilisée par [la procureure de la Couronne] en fin de compte. Je ne sais pas si cela appuie sa preuve. C'est possible. J'estime que cette déclaration était volontaire.

[52] En ce qui concerne la déclaration qu'aurait faite M. Bogel dans la salle d'interrogatoire, le juge du procès a également statué qu'elle était volontaire. Sur la question de l'absence d'enregistrement des déclarations par l'agent, le juge du procès a conclu que, bien qu'il eût été judicieux d'enregistrer les déclarations et que les agents devraient peut-être le faire à l'avenir, il a accepté l'explication donnée par les agents selon laquelle, si M. Bogel avait voulu faire une déclaration formelle, ils l'auraient enregistrée. Sur la question des rapports d'arrestation perdus, le juge du procès a rejeté l'argument de l'avocat comme n'étant pas pertinent pour la question du caractère volontaire. Les autres arguments n'ont pas été expressément traités dans les motifs de la décision. Aucune mention n'a été faite à la demande fondée sur l'al. 10b) et aucune décision n'a été rendue sur la demande fondée sur la *Charte*.

IV. ANALYSE

[53] Suivant la règle des confessions, pour qu'une déclaration faite par un accusé à une personne en situation d'autorité puisse être admise en preuve, il doit être prouvé hors de tout doute raisonnable qu'elle a été faite volontairement. Je suis d'avis que les éléments de preuve produits lors du voir-dire sont loin de satisfaire aux exigences de la règle des confessions. Les circonstances dans lesquelles les déclarations qu'aurait censément faites chaque appelant ont suscité de nombreuses inquiétudes et il ressort du dossier que la preuve n'a pas été soumise à l'examen minutieux exigé par les principes jurisprudentiels bien établis. Avant de traiter de la preuve, il peut être utile de rappeler ici certains de ces principes.

[54] La raison d'être de la règle et sa portée ont été récemment réitérées par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *R. c. Hodgson*, 1998 CanLII 798 (CSC), [1998] 2 R.C.S. 449, 127 C.C.C. (3d) 449, et *R. c. Dickle*, 2000 CSC 38 (CanLII), [2000] 2 R.C.S. 3, 147 C.C.C. (3d) 321. Dans l'affaire *Hodgson*, le juge Cory, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour, a examiné la justification historique de la règle et sa signification en ces termes (aux par. 14 et 15, p. 460-61 R.C.S., p. 460 C.C.C.) :

Les juges des faits ont toujours accordé un poids considérable à la preuve découlant d'une confession. Il s'agit d'un phénomène humain naturel. C'est en raison de l'importance énorme attribuée aux confessions et de la prise de conscience naturelle qu'elles peuvent être obtenues par des moyens irréguliers que les circonstances dans lesquelles une confession est obtenue sont, depuis des siècles, examinées minutieusement afin de décider si cette confession doit être admise en preuve. Toutefois, une confession n'est pas écartée simplement à cause du risque qu'il en découle une déclaration de culpabilité, mais en raison du risque encore plus grand que cette déclaration de culpabilité soit injuste et obtenue irrégulièrement. Historiquement, pour déterminer s'il est inéquitable d'admettre en preuve une confession, on examine deux facteurs. Premièrement, le caractère volontaire de la déclaration; deuxièmement, la qualité de

la personne qui reçoit la déclaration, c'est-à-dire, s'il s'agissait d'une personne en situation d'autorité.

Pour ce qui est du premier facteur, une déclaration est considérée comme volontaire lorsqu'elle n'est pas faite [TRADUCTION] « par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage » : [citations omises]. Dans *Boudreau c. The King*, 1949 CanLII 26 (SCC), [1949] R.C.S. 262, à la p. 269, le juge Rand a expliqué que [TRADUCTION] « la règle vise le danger associé aux aveux provoqués, soutirés ou obtenus irrégulièrement ». Pour satisfaire à la règle du caractère volontaire, il faut aussi que la déclaration soit le résultat d'un état d'esprit conscient : [citations omises]. Le caractère volontaire est déterminé par un examen minutieux des circonstances dans lesquelles la déclaration de l'accusé a été faite, ainsi que par la prise en considération de facteurs objectifs et de facteurs subjectifs.

(Soulignement ajouté.)

[55] Le juge Cory a ensuite expliqué que la règle des confessions a pour origine deux préoccupations. La première concerne la fiabilité de la preuve. Il a déclaré ce qui suit (au par. 17, p. 462-63 R.C.S., p. 461 C.C.C.) :

De fait, la raison pour laquelle une déclaration de l'accusé peut être admise à titre d'exception à la règle du oui-dire est que les déclarations qui sont faites librement par une personne et qui sont contre son intérêt sont probablement vraies. Toutefois, lorsqu'une déclaration est soutirée par des menaces ou des promesses faites par une personne en situation d'autorité, il n'est plus possible de présumer qu'elle est vraie.

[56] Le juge Cory a fait remarquer que le deuxième souci était lié à l'administration de la justice et au respect des principes fondamentaux en matière d'équité, en particulier le principe de la protection contre l'auto-incrimination. Après avoir examiné d'autres sources, le juge Cory a noté ce qui suit (au par. 18, p. 464 R.C.S., p. 461-62 C.C.C.) :

Par conséquent, il est évident que, depuis sa création, la règle des confessions a été conçue non seulement pour assurer la fiabilité des confessions, mais aussi pour garantir l'équité fondamentale des procédures criminelles.

[57] Le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Oickle*, a défini la portée de la règle des confessions. Il a passé en revue une grande partie de l'évolution historique de cette règle, depuis l'accent initial mis sur le manque de fiabilité d'une confession résultant de menaces ou de promesses, jusqu'à la notion plus large du caractère volontaire qui englobe la notion d'équité procédurale. Il a noté que cette dernière approche est particulièrement évidente dans la théorie de « l'état d'esprit conscient » qui se préoccupe de l'effet coercitif qu'une atmosphère d'intimidation créée par les autorités policières peut avoir sur un accusé. Le juge Iacobucci a réitéré que l'une des principales raisons de cette préoccupation à l'égard du caractère volontaire, considérée au sens large « est le fait que les confessions non volontaires risquent davantage que les autres de ne pas être fiables » (par. 32, p. 25 C.S.C., p. 341 C.C.C.).

[58] Par conséquent, il ressort clairement de l'arrêt *Oickle* que les deux éléments de la règle moderne des confessions, soit l'absence de menaces ou de promesses et les principes relatifs à l'« état d'esprit conscient », sont étroitement liés à la principale préoccupation en matière de fiabilité. Puisque les

confessions volontaires sont admises à titre d'exception à la règle du oui-dire, il n'est guère surprenant que les préoccupations relatives à la fiabilité de la preuve soient à l'origine de la règle des confessions. Quant à elle, la fiabilité de la preuve est intrinsèquement liée à l'équité du procès, la deuxième raison d'être de la règle des confessions. Ici encore, il convient de noter que la relation entre la fiabilité et l'équité sous-tend l'approche moderne, fondée sur des principes, des exceptions à la règle du oui-dire en général. Comme l'a souligné la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Starr*, 2000 CSC 40 (CanLII), [2000] 2 R.C.S. 144, 190 D.L.R. (4th) 591, si on permettait au ministère public de présenter une preuve par oui-dire non fiable contre l'accusé, cela compromettrait l'équité du procès et ferait apparaître le spectre des déclarations de culpabilité erronées.

[59] L'admission d'une confession, à titre d'exception à la règle du oui-dire, est évidemment soumise à des exigences plus complexes et plus strictes que les autres exceptions traditionnelles. La règle des confessions a été adaptée et affinée afin de répondre aux problèmes particuliers que soulève la nature de cette preuve. Comme nous l'avons vu précédemment, la notion de caractère volontaire est définie de manière large afin de répondre aux préoccupations en matière de fiabilité et d'équité. Le souci d'équité s'étend non seulement à l'injustice éventuelle causée par l'admission de la preuve au procès lui-même, mais aussi à la protection des droits de l'accusé au cours de la procédure d'enquête. Comme l'a noté le juge Cory dans l'arrêt *Hodgson*, les deux aspects (fiabilité et équité) « se confondent pour assurer à l'accusé un traitement équitable dans le cadre des procédures pénales en dissuadant l'État de recourir à des tactiques coercitives » (par. 21, p. 465 R.C.S., p. 463 C.C.C.). En outre, comme l'a souligné le juge Iacobucci dans l'arrêt *Dickie*, en définissant la règle des confessions, il est également important « d'avoir à l'esprit le double objectif de cette règle, qui est de protéger les droits de l'accusé sans pour autant restreindre indûment la nécessaire faculté de la société d'enquêter sur les crimes et de les résoudre » (par. 33, p. 26 R.C.S., p. 341 C.C.C.). Enfin, puisque l'admission d'une confession peut prouver la culpabilité de l'accusé, le fardeau plus lourd de la preuve hors de tout doute raisonnable doit être satisfait avant que la preuve ne soit admise : *R. c. Egger*, 1993 CanLII 98 (CSC), [1993] 2 R.C.S. 451, aux pp. 474-75, 103 D.L.R. (4th) 678.

[60] Il importe de faire la distinction entre la fiabilité en tant que notion sous-jacente à la notion de caractère volontaire au stade de l'admissibilité et les questions de fiabilité et de valeur probante en dernière analyse qui demeurent, comme pour tous les éléments de preuve, des décisions qui relèvent des juges des faits. La première est communément appelée « seuil de fiabilité » dans le contexte général de l'analyse fondée sur des principes de la règle de l'exclusion du oui-dire. Dans le contexte particulier des confessions, le juge Cory, dans l'arrêt *Hodgson*, a parlé de la « fiabilité présumée » de la preuve. Il a donc noté que l'objectif de la règle des confessions était d'écarter les déclarations intrinsèquement peu fiables parce qu'elles avaient été obtenues par la force, par la menace ou par des promesses (ou dans une atmosphère d'intimidation), mais que la règle ne s'attachait pas à la véracité ou à la fausseté de la déclaration. « Elle met plutôt l'accent sur la fiabilité présumée, en analysant les circonstances de la déclaration et leur effet sur l'accusé, indépendamment de l'exactitude de la déclaration. » (par. 21, p. 465 R.C.S., p. 463 C.C.C.). Par conséquent, il est conforme à l'approche générale des exceptions à la règle du oui-dire que le tribunal, dans le cadre de son enquête sur le caractère volontaire d'une confession, doive rechercher des garanties circonstancielles de fiabilité qui parent suffisamment aux dangers liés à ce type de preuve.

[61] L'une des principales questions soulevées dans les présents appels est l'omission, par les policiers, d'avoir enregistré les déclarations censément faites par l'un ou l'autre des appelants. Les avocats des

appelants soutiennent que la police devrait avoir l'obligation, en vertu de la common law et de la Constitution, d'enregistrer, de préférence sur bande vidéo, tous les interrogatoires sous garde et les renoncements au droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b). Les appelants ont invoqué certaines des nombreuses décisions rendues en Ontario dans lesquelles les tribunaux ont soit écarté des confessions lorsque l'absence d'enregistrement vidéo était délibérée, soit fortement encouragé l'enregistrement des interrogatoires : *R. v. Nelson*, [1999] O.J. n° 4377 (Div. gén.) (juge Whealy); *R. v. Haynes*, [2001] O.J. n° 73 (Div. gén.) (juge Whealy); *R. v. Li*, [1997] O.J. n° 4237 (Div. prov.) (juge Renaud); *R. v. Falcher*, [1994] O.J. n° 1922 (Div. gén.) (juge O'Connor); *R. v. N. (D.)*, [1994] O.J. n° 3118 (C. prov.) (juge MacDonell); *R. v. Lim (No. 3)* (1990), 1 C.R.R. (2d) 148 (H.C.J. Ont.) (juge Doherty); *R. c. Oickle*, précité, aux pp. 30-31 R.C.S., pp. 344-45 C.C.C.; *R. v. Thompson* (28 juin 2000) (Div. gén. Ont.) (juge Bellamy); *R. v. Coke*, [1996] O.J. n° 1926 (Div. gén.) (juge Caswell); *R. v. Bell*, [1996] O.J. n° 4903 (Div. prov.) (juge Wallace); *R. v. Luong*, [1995] O.J. n° 1430 (C. prov.) (juge Bentley); *R. v. Tsai*, [1995] O.J. n° 3413 (Div. gén.) (juge Wren); *R. v. Barrett* (1993), 1993 CanLII 3426 (ONCA), 13 O.R. (3d) 587 à la p. 593, 82 C.C.C. (3d) 266 à la p. 275 (C.A.); *R. v. Longman*, [1993] O.J. n° 4109 (Div. gén.) (juge Wren); *R. v. Vangent* (1979), 1978 CanLII 2525 (ONCJ), 42 C.C.C. (2d) 313 à la p. 328 (C. prov. Ont.) (juge Langdon); *R. v. S. (M.J.)* (2000), 2000 ABPC 44 (CanLII), 32 C.R. (5th) 378, 80 Alta. L.R. (3d) 159 (C. prov.).

[62] La Couronne affirme qu'il ne devrait pas y avoir de règle établie sur la question de l'enregistrement. La procureure de la Couronne soutient que la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Oickle*, tout en commentant l'opportunité des enregistrements vidéo, était clairement réticente à aller plus loin et à imposer à la police l'obligation de procéder à de tels enregistrements. Le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la majorité, a déclaré ce qui suit (au par. 46, pp. 30-31 R.C.S., pp. 344-45 C.C.C.) :

Avant de voir comment la règle des confessions répond à ces dangers, j'aimerais commenter brièvement la pratique, de plus en plus répandue, qui consiste à enregistrer les interrogatoires policiers, de préférence sur bande vidéo. Comme l'ont souligné J. J. Furedy et J. Liss dans « Countering Confessions Induced by the Polygraph: Of Confessionals and Psychological Rubber Hoses » (1986), 29 *Crim. L.Q.* 91, à la p. 104, même si [TRADUCTION] « des notes rapportent avec précision la *teneur* de ce qui a été dit [. . .], ces notes ne peuvent refléter le *ton* des propos de même que le langage corporel qui a pu être utilisé » (en italique dans l'original). De même, White, [W.S. White, « False Confessions and the Constitution: Safeguards Against Untrustworthy Confessions » (1997), 32 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 105], aux pp. 153 et 154, avance quatre raisons pour lesquelles l'enregistrement des interrogatoires sur bande vidéo est une mesure importante:

[TRADUCTION] Premièrement, une telle mesure donne aux tribunaux un moyen de contrôler les pratiques en matière d'interrogatoire et, ainsi, de faire respecter les autres garanties. Deuxièmement, elle dissuade les autorités policières d'utiliser des méthodes d'interrogatoire susceptibles de donner lieu à des confessions qui ne sont pas dignes de foi. Troisièmement, elle permet aux tribunaux de rendre des jugements plus éclairés sur la question de savoir si des pratiques particulières en matière d'interrogatoire étaient susceptibles d'entraîner une confession qui n'est pas digne de foi. Enfin, le fait d'imposer cette garantie constitue une politique d'intérêt général judicieuse puisque, en plus de réduire le nombre de confessions qui ne sont pas dignes de foi, elle aura d'autres effets salutaires y compris des avantages nets pour les responsables de l'application de la loi.

Cela ne veut pas dire que les interrogatoires qui ne sont pas enregistrés sont intrinsèquement suspects, mais simplement que, de toute évidence, l'existence d'un enregistrement peut grandement aider le juge des faits à apprécier la confession.

[63] La procureure de la Couronne soutient en outre que les appelants ont confondu les questions de valeur probante avec les questions d'admissibilité. Puisqu'il appartient au juge des faits de déterminer la fiabilité de la déclaration en dernière analyse, notamment la question de savoir si elle a effectivement été faite, et la valeur probante qu'il convient de lui accorder, la procureure soutient que le fait de ne pas avoir enregistré de manière exacte ou complète la déclaration d'un accusé ne devrait pas rendre la déclaration inadmissible.

[64] Je reconnais qu'il n'existe pas de règle absolue exigeant l'enregistrement des déclarations. Il ressort clairement de l'analyse des arrêts *Hodgson* et *Oickle* que l'examen du caractère volontaire est contextuel par nature et que toutes les circonstances pertinentes doivent être prises en considération. Le juge Iacobucci l'affirme expressément dans l'arrêt *Oickle* en ces termes (au par. 47, p. 31 R.C.S., p. 345 C.C.C.) :

L'application de la règle est, par nécessité, contextuelle. Il n'y a tout simplement pas de règle simple et rigide qui permette de tenir compte des diverses circonstances susceptibles de vicier le caractère volontaire d'une confession; il en résulterait inévitablement une règle dont la portée serait à la fois trop large et trop restreinte. Par conséquent, le juge du procès doit tenir compte de tous les facteurs pertinents lorsqu'il examine une confession.

[65] Toutefois, il incombe à la Couronne d'établir un rapport suffisant de l'interaction entre le suspect et la police. Cette charge peut être facilement satisfaite par l'utilisation d'un enregistrement audio ou, mieux encore, vidéo. De fait, j'estime que lorsque le suspect est détenu, que des moyens d'enregistrement sont facilement disponibles et que la police entreprend délibérément d'interroger le suspect sans se soucier d'établir un rapport fiable, le contexte rend inévitablement suspect l'interrogatoire non enregistré qui en résulte. Dans de tels cas, il appartiendra au juge du procès, lors du voir-dire, de déterminer si un substitut suffisant à un enregistrement audio ou vidéo a été fourni pour satisfaire à la lourde charge qui incombe à la Couronne de prouver le caractère volontaire de l'interrogatoire hors de tout doute raisonnable.

[66] Le caractère suffisant du rapport n'est pas exclusivement lié à la question de la fiabilité et de la valeur probante en dernière analyse, comme l'a soutenu la Couronne. L'un des arrêts invoqués par la Couronne sur ce point est le jugement de notre cour dans *R. v. Lapointe* (1983), 1983 CanLII 3558 (ONCA), 9 C.C.C. (3d) 366, 1 O. A.C. 1 (C.A.), conf. par 1987 CanLII 69 (CSC), [1987] 1 R.C.S. 1253, 35 C.C.C. (3d) 287, où la [Cour d'appel de l'Ontario] a déclaré ce qui suit (au par. 37, p. 380 C.C.C.) :

[TRADUCTION] Les questions relatives à l'exactitude de l'enregistrement des paroles d'un accusé du fait que la police les aurait inconsciemment éditées ont trait à l'authenticité de la déclaration et n'ont pas à être tranchées par le juge lors du voir-dire. S'il le fait, comme l'a apparemment fait le juge du procès en l'espèce, il usurpe la fonction du juge des faits. Les douze jurés bilingues de ce procès étaient éminemment capables de résoudre les questions de l'enregistrement exact ou inexact des paroles des intimés, de l'inexactitude inconsciente ou délibérée, de l'édition ou de la fabrication délibérée. Il s'agit de questions d'authenticité qui ne doivent pas être confondues avec les questions d'admissibilité.

[67] Il importe de lire cet énoncé de principe dans son contexte. La question soulevée dans l'affaire *Lapointe*, à savoir si la capacité de l'accusé de comprendre l'anglais était suffisante pour qu'il ait fait la déclaration alléguée par les policiers, était liée à la fiabilité de la déclaration en dernière analyse et à la valeur probante qui allait lui être accordée. Comme l'a déclaré la cour, ce n'est que lorsque la capacité d'un accusé était si déficiente qu'il lui était impossible de faire une déclaration que le juge du procès serait justifié d'exclure la déclaration pour ce motif. La cour a donc conclu qu'en l'espèce, cette question ne devait pas être tranchée au stade du voir-dire. La décision rendue dans l'affaire *Lapointe* n'appuie pas la proposition voulant que toutes les questions relatives à l'exactitude et à l'exhaustivité de l'enregistrement soient laissées à l'appréciation des juges des faits. Une telle interprétation irait à l'encontre de siècles de jurisprudence qui exige un examen minutieux des circonstances de l'enregistrement d'une déclaration par des personnes en situation d'autorité. Qui plus est, à mon avis, l'exhaustivité, l'exactitude et la fiabilité du rapport ont tout à voir avec l'enquête et l'examen par le tribunal des circonstances dans lesquelles la déclaration a été obtenue. De fait, il est difficile de voir comment la Couronne pourrait s'acquitter du lourd fardeau qui lui incombe de prouver le caractère volontaire de la déclaration hors de tout doute raisonnable lorsque les procédures d'enregistrement appropriées n'ont pas été suivies.

[68] Il est clair que, si le choix du critère juridique du caractère volontaire est une question de droit, son application à la preuve est une question de fait ou une question mixte de droit et de fait. La conclusion d'un juge du procès sur le caractère volontaire commande la déférence de cette cour et ne devrait pas être modifiée en l'absence d'erreur de droit dans le choix du critère ou d'erreur manifeste et dominante à l'égard des faits.

[69] Rappelons qu'en l'espèce, la procureure de la Couronne demande instamment à notre cour d'appliquer la présomption que le juge du procès connaît le droit et qu'il l'a correctement appliqué aux faits. Elle note que le juge du procès n'est pas tenu de fournir des motifs sur chaque question soulevée par l'avocat ou par la preuve et qu'une cour d'appel ne devrait pas conclure, du seul fait de l'insuffisance des motifs, que le juge du procès a mal compris la question du caractère volontaire ou a mal appliqué un principe juridique relatif à cette question. Toutefois, la présomption habituelle ne peut être invoquée lorsque le dossier révèle que le juge du procès a fondé sa décision sur des principes de droit erronés ou qu'il a mal appliqué le bon critère juridique, ou encore lorsque les éléments de preuve n'étaient pas la conclusion du juge du procès.

[70] En l'espèce, de nombreuses interventions et décisions du juge du procès au cours du voir-dire donnent fortement à entendre que ce dernier a soit mal compris le critère qui s'applique au caractère volontaire, soit ne l'a pas appliqué à la preuve. Je note ce qui suit à l'appui de cette conclusion :

(i) À plus d'une reprise, le juge du procès a remis en question la pertinence d'éléments de preuve présentés par la Couronne quant aux événements qui se sont produits avant le début de l'interrogatoire dans la salle d'interrogatoire. Ces interventions témoignaient d'un manque d'appréciation de la nécessité d'examiner minutieusement toutes les circonstances dans lesquelles la déclaration a été obtenue.

(ii) Le juge du procès a demandé à la procureure de la Couronne de ne pas interroger les témoins de la police sur la question de savoir s'il y avait eu des menaces, car [TRADUCTION] « il ne s'agissait pas d'un procès devant un juge seul. » Rappelons que la question de savoir si des menaces ou des promesses ont été faites pour obtenir des confessions est au cœur de la règle

des confessions et n'est pas simplement une question relative à la fiabilité ou à la valeur probante de la preuve en dernière analyse.

(iii) Le juge du procès s'est dit d'accord avec le commentaire de la procureure de la Couronne au début du voir-dire, selon lequel la question de savoir à quel point M. McFarlane était plus ou moins dévêtu au cours de l'interrogatoire [TRADUCTION] « n'avait pas grande importance ». Ce commentaire donne à entendre que le juge du procès a mal compris la nature convaincante de cette preuve sur la question de savoir si la confession alléguée avait été faite dans un climat oppressif qui excluait tout caractère volontaire.

(iv) Le juge du procès a mis un terme au contre-interrogatoire de l'avocat de la défense sur le caractère insuffisant des notes prises par l'un des agents chargés de l'enregistrement dans la salle d'interrogatoire, au motif que ce type de questions n'était pas utile pour le voir-dire et qu'il s'agissait d'une question qui relevait du jury. Comme nous l'avons vu, l'exhaustivité, l'exactitude et la fiabilité du dossier sont intrinsèquement liées au fardeau qui incombe à la Couronne lors du voir-dire et ne sont pas simplement des questions relatives à la fiabilité et à la valeur probante de la preuve en dernière analyse.

(v) Le juge du procès a sommé l'avocat de M. McFarlane de présenter ses observations à mi-chemin du voir-dire, même si l'avocat s'attendait à ce que d'autres témoins qui allaient être appelés par la Couronne au sujet des déclarations présumées de M. Bogel présentent des éléments de preuve pertinents au regard de la thèse de son client. Bien que le juge du procès ait dit à l'avocat que la question pourrait être réexaminée plus tard au besoin, il a immédiatement statué sur la question du caractère volontaire avant d'entendre ces témoins supplémentaires. Cette approche donne à entendre que le juge du procès n'a pas tenu compte de toutes les circonstances pertinentes pour déterminer le caractère volontaire. En l'espèce, elle a causé un préjudice réel à l'appelant, M. McFarlane, car les éléments de preuve produits par la Couronne qui concernaient directement M. Bogel étaient susceptibles d'accréditer la thèse avancée par M. McFarlane sur le traitement qu'il avait reçu cette nuit-là.

(vi) Le fait que le juge du procès ait limité le contre-interrogatoire des policiers par l'avocat de la défense sur les rapports d'arrestation perdus donne à entendre que le juge du procès a mal compris l'importance de cette preuve sur la question de la renonciation au droit à l'assistance d'un avocat. En l'absence d'enregistrement audio ou vidéo des interrogatoires, les rapports d'arrestation auraient constitué la seule preuve confirmant la renonciation de chaque appelant à son droit à l'assistance d'un avocat. Le fait que le juge du procès n'ait pas mentionné la demande de M. Bogel fondée sur l'alinéa 10b) de la *Charte*, ou qu'il n'ait même pas statué sur cette demande, donne à penser qu'il ne portait pas attention à cette question.

(vii) Dans les circonstances de l'espèce, le fait que le juge du procès ait limité le contre-interrogatoire de l'avocat de la défense sur la connaissance qu'avaient les policiers de l'exigence légale d'un enregistrement adéquat mine l'importance de la décision des policiers de ne pas enregistrer certaines des déclarations.

(viii) Le fait que le juge du procès ait apparemment jugé à l'avance que le témoignage de M. Short corroborerait nécessairement celui de son collègue avant d'entendre le témoignage en

question a malheureusement encore compromis l'apparence d'équité dans le déroulement de l'instance.

[71] Indépendamment de ces erreurs dans le déroulement de l'instance, la preuve a soulevé un certain nombre de questions qui nécessitaient un examen et une décision appropriés. Je note les suivantes.

[72] La question s'est posée de savoir ce qu'il s'est passé dans la voiture de police lorsque M. McFarlane a été transporté au poste de police. Monsieur McFarlane affirme avoir été frappé avec un émetteur-récepteur portatif. Il a également affirmé que la police l'avait interrogé de manière agressive sur le vol qualifié sans qu'il ait eu la possibilité de consulter un avocat. Les policiers ont nié tout acte de violence ou toute conversation dans la voiture de patrouille. Cependant, les témoins de la police ont présenté un enregistrement très peu méthodique et médiocre des événements survenus entre le moment de l'arrestation à 22 h 16 et la mise en détention de l'appelant au poste près d'une heure et demie plus tard, à 23 h 33.

[73] L'allégation de M. McFarlane selon laquelle il était nu lors de l'interrogatoire au poste de police a soulevé de sérieuses inquiétudes quant au fait que sa déclaration avait été recueillie dans des conditions oppressives, ce qui aurait pu avoir une incidence sur son caractère volontaire. Même sur le fondement des éléments de preuve de la Couronne, interprétés de la manière la plus généreuse qui soit, une question sérieuse se posait quant à l'opportunité de laisser un suspect à peine vêtu de ses sous-vêtements et de ses chaussettes au cours d'un interrogatoire par la police. Un facteur supplémentaire en particulier aurait dû accroître les inquiétudes à ce sujet : M. McFarlane était un jeune homme noir, sans expérience apparente du système de justice pénale; les policiers étaient blancs. En outre, les graves incohérences des témoignages des policiers sur la question de l'état vestimentaire de McFarlane et l'imprécision de leur témoignage ont soulevé de sérieux problèmes de crédibilité. Enfin, la preuve sur ce point devait être considérée dans le contexte de la décision des policiers de ne pas enregistrer l'interrogatoire sur bande vidéo.

[74] L'allégation des policiers selon laquelle leurs notes contenaient un compte rendu complet, bien que non textuel, de la conversation et des événements survenus au cours de la première partie de l'interrogatoire de M. McFarlane, entre 23 h 50 et 0 h 22, a soulevé un sérieux problème de crédibilité, compte tenu de la brièveté de la conversation qui a été consignée. L'inquiétude quant à la fiabilité de l'enregistrement a été accrue par l'allégation de M. McFarlane selon laquelle il avait fait trois déclarations enregistrées, la troisième étant la seule à se retrouver devant le tribunal parce qu'il avait finalement réussi à faire ce qu'il fallait. Enfin, la décision des policiers de ne pas enregistrer l'interrogatoire sur bande vidéo ou de ne pas enregistrer la première partie de l'interrogatoire sur bande audio est un facteur très important à prendre en considération.

[75] La perte mystérieuse des rapports d'arrestation qui auraient confirmé la renonciation de chaque appelant à son droit à l'assistance d'un avocat a soulevé une autre préoccupation. L'importance de cette preuve a été renforcée dans les circonstances de cette affaire où peu d'efforts, voire aucun, ont été faits pour créer un rapport fiable.

[76] La déclaration de M. Bogel en réponse aux questions des policiers sur le vol qualifié, dans la voiture de police en route vers l'hôpital, alors que, selon tous les témoins, il était en proie à une détresse évidente en raison de la douleur et de l'inconfort causés par le gaz poivré, a soulevé une question quant au caractère volontaire de ses réponses.

[77] L'allégation de M. Bogel selon laquelle ses demandes répétées de parler à un avocat ont été rejetées exigeait qu'une conclusion déterminante soit tirée sur cette question. La perte du rapport d'arrestation, la décision de ne pas enregistrer l'interrogatoire et le fait de ne pas avoir présenté à M. Bogel une copie des notes de l'agent pour vérification sont autant de facteurs pertinents à prendre en considération sur cette question.

[78] Dans ces circonstances, il est clair que les conclusions du juge du procès sur le caractère volontaire ne peuvent être maintenues. De plus, vu l'importance de cette preuve dans le contexte des autres éléments de preuve présentés au procès, il n'est pas opportun en l'espèce d'appliquer la disposition réparatrice. Il existe un risque très réel que le jury ait condamné chaque appelant sur le seul fondement de ses présumées confessions, sans prendre dûment en considération les autres questions soulevées par la défense au cours du procès. Par conséquent, il doit y avoir un nouveau procès.

[79] Habituellement, le nouveau procès comprendrait un voir-dire pour déterminer l'admissibilité de toute confession alléguée. Toutefois, en l'espèce, je suis d'avis que les éléments de preuve sont loin de satisfaire au critère du caractère volontaire. Indépendamment de la question de la crédibilité du témoignage des appelants et de celui des policiers lors du voir-dire sur les questions liées au caractère volontaire, question qui devrait être tranchée par un juge du procès, je suis d'avis que la Couronne ne peut pas s'acquitter de la lourde charge qui lui incombe de prouver le caractère volontaire sur le fondement des éléments de preuve produits en l'espèce. Les graves lacunes dans l'enregistrement global par les autorités policières des événements qui se sont déroulés pendant la garde à vue des deux appelants le soir en question militent à elles seules contre toute conclusion raisonnable selon laquelle les déclarations étaient volontaires.

[80] En outre, indépendamment de la question du caractère volontaire, je suis d'accord avec l'appelant pour dire que la déclaration que M. Bogel aurait censément faite à M. Gallant, selon laquelle « ça aurait été différent si j'avais eu mes gars pour me soutenir », n'aurait pas dû être admise au procès. La déclaration présumée suggérait une implication générale dans la criminalité et constituait une preuve de mauvaise moralité. Elle était hautement préjudiciable, elle n'avait aucune valeur probante par rapport aux questions soulevées au procès et elle était inadmissible.

[81] En conséquence, je ferais droit à ce moyen d'appel, je déclarerais que les déclarations censément faites par chaque appelant sont inadmissibles (à l'exception de la déclaration censément faite par M. McFarlane à M. May sur les lieux du crime, comme il est indiqué plus haut) et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

IV. LE PROCESSUS DE RÉCUSATION MOTIVÉE

[82] Le juge du procès a accédé à la demande de l'avocat de la défense pour que la question suivante soit posée dans le cadre du processus de récusation motivée :

[TRADUCTION] Le fait que les deux accusés soient noirs vous rend-il moins apte à juger la preuve produite sans parti pris, préjugé ou partialité?

[83] Comme je l'ai indiqué précédemment, les deux appelants soutiennent que le processus de récusation motivée était fondamentalement vicié parce que le juge du procès a) a refusé d'exclure les

membres du tableau des jurés pendant le processus, b) a donné des directives inadéquates aux vérificateurs, et c) a rejeté la demande de l'avocat de la défense de présenter des observations aux vérificateurs.

[84] Vu ma conclusion sur le premier moyen, il n'est pas nécessaire que je traite ce deuxième moyen en détail. Toutefois, il me semble important de souligner ce qui suit.

[85] Je ne suis pas d'accord avec l'affirmation des appelants selon laquelle il devrait y avoir une règle établie sur la question de savoir si les membres du tableau des jurés devraient être exclus de la salle d'audience pendant le processus de récusation motivée. Cette question relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de diriger le processus de récusation motivée afin d'empêcher qu'on en abuse et d'en assurer l'équité pour le candidat juré et pour l'accusé. En appel, la décision du juge du procès commande la déférence et ne doit pas être modifiée, sauf si l'appelant peut démontrer que le juge du procès a commis une erreur de principe manifeste dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, ou que la décision du juge du procès a entraîné une erreur judiciaire. En l'espèce, je ne suis pas convaincue qu'il y ait lieu d'intervenir dans la décision du juge du procès de ne pas exclure l'ensemble des membres du tableau.

[86] Je suis d'accord avec l'affirmation des appelants selon laquelle les directives données par le juge du procès aux vérificateurs de la récusation motivée étaient déficientes. Le juge du procès a donné les directives suivantes aux jurés concernant le processus de récusation motivée :

[TRADUCTION] Membres du tableau des jurés, nous allons maintenant procéder à la sélection de douze d'entre vous pour faire partie du jury. Nous allons suivre un processus appelé récusation motivée, et l'avocat vous demandera si vous avez des préjugés et, si c'est le cas, si vous pouvez les mettre de côté et juger cette affaire sur la base des seules preuves, sans parti pris, ni préjugé, ni préjugé allégué, du fait que les accusés sont des personnes de race noire. Cette question sera posée à chacun d'entre vous et, en fonction de votre réponse, vous pourrez être choisi ou non comme juré.

La récusation motivée, voilà la question qui vous sera posée, et voici comment nous allons procéder. Le greffier appellera deux noms et ces deux personnes viendront s'asseoir sur le banc des jurés. Elles sont appelées « vérificateurs ». Elles sont assermentées pour vérifier le juré à qui l'on va poser cette question, afin de déterminer s'il est apte à faire partie du jury qui jugera les deux personnes accusées des chefs d'accusation. S'il est jugé acceptable, et s'il est accepté par les avocats, ce candidat juré devient membre du jury. Ce juré prend la place de l'un des vérificateurs. Le vérificateur n° 1 réintègre le tableau des jurés, de sorte que le juré n° 1 et le vérificateur n° 2 sont les vérificateurs du deuxième candidat juré, afin de voir si ce dernier est accepté. Si ce juré est accepté, ces deux jurés deviennent les vérificateurs du troisième, puis le troisième et le quatrième vérifieront le cinquième, et le quatrième et le cinquième vérifieront le sixième, jusqu'à ce que nous ayons choisi douze jurés. Cela prend environ une heure. C'est ainsi que nous procéderons pour la récusation motivée.

Le juge du procès a ensuite donné les directives suivantes aux deux premiers vérificateurs :

[TRADUCTION] Chaque candidat juré se présentera ici et on lui posera une question. En fonction de sa réponse, on vous demandera si vous considérez ce juré comme acceptable ou

inacceptable pour juger les deux personnes devant la Cour. Si vous les jugez acceptables, les avocats diront qu'ils les jugent acceptables.

[87] Aucune autre directive n'a été donnée au cours du processus de récusation motivée.

[88] Selon moi, ces directives n'ont pas aidé adéquatement les jurés à comprendre la nature de leur tâche de même que la procédure qu'ils devaient suivre. Les vérificateurs n'ont pas été informés qu'ils devaient juger la question selon la prépondérance des probabilités, que la décision devait être leur décision commune, qu'ils pouvaient se retirer dans la salle des jurés ou discuter la question là où ils se trouvaient et que s'ils n'arrivaient pas à s'entendre dans un délai raisonnable, ils devaient le dire : voir *R. v. Hubbert* (1975), 11 O.R. (2d) 464 à la p. 480, 29 C.C.C. (2d) 279 à la p. 294 (C.A.), conf. par [1977] 2 R.C.S. 267, 33 C.C.C. (2d) 207. Il aurait également été préférable que le jury reçoive davantage d'aide pour comprendre le sens de la partialité ou de l'acceptabilité de même que l'importance et l'objet du processus de récusation motivée.

[89] Enfin, en ce qui concerne le refus de la demande de l'avocat de la défense de présenter des observations aux vérificateurs, je ne suis pas d'accord avec le fait que la demande de l'avocat aurait dû être accueillie de plein droit. Comme pour la question de l'exclusion des jurés, il s'agit d'une question discrétionnaire que le juge du procès doit trancher en fonction des circonstances. En l'absence d'une erreur de principe ou d'une démonstration d'une erreur judiciaire, l'intervention en appel n'est pas justifiée. En l'espèce, j'estime qu'il suffit de noter que toute nécessité de présenter des observations qui pourrait ressortir du dossier aurait pu être atténuée par des directives appropriées données par le juge du procès aux vérificateurs.

[90] Je ferais donc également droit à ce moyen d'appel fondé sur le caractère insuffisant des directives.

V. DISPOSITIF

[91] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel interjeté par chaque appelant à l'encontre des déclarations de culpabilité, d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Appel accueilli.