

William B. Stinchcombe *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. STINCHCOMBE

File No.: 21904.

1991: May 2; 1991: November 7.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Crown's obligation to make disclosure to defence — Witness favourable to accused interviewed by police — Crown not calling witness and refusing to produce statements obtained — Whether Crown obliged to disclose statements.

The accused, a lawyer, was charged with breach of trust, theft and fraud. A former secretary of his was a Crown witness at the preliminary inquiry, where she gave evidence apparently favourable to the defence. After the preliminary inquiry but prior to trial, the witness was interviewed by an RCMP officer and a tape-recorded statement was taken. Later, during the course of the trial, the witness was again interviewed by a police officer and a written statement taken. Defence counsel was informed of the existence but not of the content of the statements. His requests for disclosure were refused. During the trial defence counsel learned conclusively that the witness would not be called by the Crown and sought an order that the witness be called or that the Crown disclose the contents of the statements to the defence. The trial judge dismissed the application. The trial proceeded and the accused was convicted of breach of trust and fraud. Conditional stays were entered with respect to the theft counts. The Court of Appeal affirmed the convictions without giving reasons.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

The Crown has a legal duty to disclose all relevant information to the defence. The fruits of the investigation which are in its possession are not the property of

William B. Stinchcombe *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. STINCHCOMBE

N° du greffe: 21904.

^b

1991: 2 mai; 1991: 7 novembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

^c

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

Droit criminel — Preuve — Obligation du ministère public de communiquer sa preuve à la défense — Témoin favorable à l'accusé interrogé par la police — Le ministère public n'a pas cité ce témoin et a refusé de produire les déclarations obtenues de lui — Le ministère public est-il tenu de divulguer les déclarations?

L'accusé, un avocat, a été inculpé d'abus de confiance, de vol et de fraude. Une ancienne secrétaire de l'accusé a été témoin à charge à l'enquête préliminaire où sa déposition semble avoir été favorable à la défense. Après l'enquête préliminaire, mais avant le procès, le témoin a été interrogé par un agent de la GRC et a fait une déclaration qui a été enregistrée sur bande magnétique. Plus tard, pendant le procès, le témoin a été interrogé de nouveau par un agent de police qui a recueilli une déclaration écrite. L'avocat de la défense a été informé de l'existence, mais non du contenu, des déclarations. Ses demandes de divulgation ont été rejetées. Au cours du procès, l'avocat de la défense a appris avec certitude que le témoin ne serait pas cité à déposer par le ministère public et a présenté une requête visant à faire citer le témoin ou à obliger le ministère public à divulguer à la défense la teneur des déclarations en cause. Le juge du procès a rejeté cette requête. Le procès a suivi son cours et l'accusé a été reconnu coupable d'abus de confiance et de fraude. Des sursis conditionnels à l'exécution de la peine ont été inscrits relativement aux accusations de vol. La Cour d'appel a confirmé les verdicts de culpabilité sans motiver sa décision.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le ministère public est tenu en droit de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents. Les fruits de l'enquête qui se trouvent en sa possession n'appartiennent

the Crown for use in securing a conviction but the property of the public to be used to ensure that justice is done. The obligation to disclose is subject to a discretion with respect to the withholding of information and to the timing and manner of disclosure. Crown counsel has a duty to respect the rules of privilege and to protect the identity of informers. A discretion must also be exercised with respect to the relevance of information. The Crown's discretion is reviewable by the trial judge, who should be guided by the general principle that information should not be withheld if there is a reasonable possibility that this will impair the right of the accused to make full answer and defence. The absolute withholding of information which is relevant to the defence can only be justified on the basis of the existence of a legal privilege which excludes the information from disclosure. This privilege is reviewable, however, on the ground that it is not a reasonable limit on the right to make full answer and defence in a particular case.

Counsel for the accused must bring to the trial judge's attention at the earliest opportunity any failure of the Crown to comply with its duty to disclose of which counsel becomes aware. This will enable the trial judge to remedy any prejudice to the accused if possible and thus avoid a new trial.

Initial disclosure should occur before the accused is called upon to elect the mode of trial or plead. Subject to the Crown's discretion, all relevant information must be disclosed, both that which the Crown intends to introduce into evidence and that which it does not, and whether the evidence is inculpatory or exculpatory. All statements obtained from persons who have provided relevant information to the authorities should be produced, even if they are not proposed as Crown witnesses. Where statements are not in existence, other information such as notes should be produced. If there are no notes, all information in the prosecution's possession relating to any relevant evidence the person could give should be supplied.

nent pas au ministère public pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue. L'obligation de divulguer est assujettie à un pouvoir discrétionnaire qui s'exerce tant pour refuser la divulgation de renseignements que pour décider du moment et de la forme de cette divulgation. Il incombe au substitut du procureur général de respecter les règles en matière de secret et de taire l'identité des indicateurs. Un pouvoir discrétionnaire doit être également exercé relativement à la pertinence des renseignements. Le pouvoir discrétionnaire du ministère public peut faire l'objet d'un contrôle de la part du juge du procès qui doit se laisser guider par le principe général selon lequel il ne faut refuser de divulguer aucun renseignement s'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgation porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le refus absolu de divulguer des renseignements pertinents pour la défense ne peut se justifier que par l'existence d'un droit au secret qui soustrait ces renseignements à la divulgation. Ce droit au secret peut toutefois faire l'objet d'un examen pour le motif qu'il ne constitue pas une restriction raisonnable du droit de présenter une défense pleine et entière dans un cas particulier.

Quand l'avocat de l'accusé prend connaissance d'une omission du ministère public de respecter son obligation de divulguer, celui-ci doit, dès que possible, signaler cette omission au juge du procès. Cela permettra au juge du procès de remédier, autant que faire se peut, à tout préjudice causé à l'accusé et d'éviter ainsi un nouveau procès.

La communication initiale de la preuve devrait avoir lieu avant que l'accusé ne soit appelé à choisir son mode de procès où à présenter son plaidoyer. Sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public, tous les renseignements pertinents doivent être divulgués, aussi bien ceux que le ministère public entend produire en preuve que ceux qu'il n'a pas l'intention de produire, peu importe qu'ils constituent une preuve inculpatrice ou bien disculpatoire. Toute déclaration obtenue de personnes qui ont fourni des renseignements pertinents aux autorités devrait être produite, même si le ministère public n'a pas l'intention de citer ces personnes comme témoins à charge. Lorsqu'il n'existe pas de déclarations, il faut produire d'autres renseignements tels que des notes. En l'absence de notes, il faut divulguer tous les renseignements que possède la poursuite au sujet de tous les éléments de preuve pertinents pouvant être fournis par la personne en question.

1991 CanLII 45 (SCC)

Crown counsel was not justified in refusing disclosure here on the ground that the witness was not worthy of credit: whether the witness is credible is for the trial judge to determine after hearing the evidence. The trial judge ought to have examined the statements. Since the information withheld might have affected the outcome of the trial, the failure to disclose impaired the right to make full answer and defence. There should be a new trial at which the statements are produced.

Le substitut du procureur général n'était pas justifié, en l'espèce, de refuser la divulgation pour le motif que le témoin n'était pas digne de foi: il appartient au juge du procès de décider de la crédibilité du témoin après avoir entendu la preuve. Le juge du procès aurait dû examiner les déclarations. Comme les renseignements non divulgués auraient pu influencer sur l'issue du procès, l'omission de divulguer a porté atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit en conséquence y avoir un nouveau procès au cours duquel les déclarations en cause devront être produites.

Cases Cited

Referred to: *Cunliffe v. Law Society of British Columbia* (1984), 40 C.R. (3d) 67; *Savion v. The Queen* (1980), 13 C.R. (3d) 259; *R. v. Bourget* (1987), 56 C.R. (3d) 97; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763, aff'g (1988), 46 C.C.C. (3d) 142; *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786; *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588; *R. v. Manion*, [1986] 2 S.C.R. 272.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 294(a), 296, 338(1)(a).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 334(a), 336, 380(1)(a), 482, 603.
Criminal Justice Act 1967 (U.K.), 1967, c. 80.

Authors Cited

Bench and Bar Council of Ontario. Special Committee on Preliminary Hearings. *Report of the Special Committee on Preliminary Hearings*. Toronto: Bench and Bar Council of Ontario, 1982.
Canada. Law Reform Commission. Report 22. *Disclosure by the Prosecution*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Cunliffe v. Law Society of British Columbia* (1984), 40 C.R. (3d) 67; *Savion v. The Queen* (1980), 13 C.R. (3d) 259; *R. v. Bourget* (1987), 56 C.R. (3d) 97; *Boucher v. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *Lemay v. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763, conf. (1988), 46 C.C.C. (3d) 142; *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786; *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588; *R. c. Manion*, [1986] 2 R.C.S. 272.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 334a), 336, 380(1a), 482, 603.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 294a), 296, 338(1a).
Criminal Justice Act 1967 (R.-U.), 1967, ch. 80.

Doctrine citée

Bench and Bar Council of Ontario. Special Committee on Preliminary Hearings. *Report of the Special Committee on Preliminary Hearings*. Toronto: Bench and Bar Council of Ontario, 1982.
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 4. *Procédure pénale: la communication de la preuve*. Ottawa: Information Canada, 1974.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 4. *Criminal Procedure: Discovery*. Ottawa: Information Canada, 1974.

Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, Vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal affirming the judgment of Brennan J. sitting without a jury convicting the appellant of breach of trust and fraud. Appeal allowed.

William E. Code, Q.C., and *John Kingman Phillips*, for the appellant.

Daniel M. McDonald, Q.C., and *Bruce R. Fraser, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J.—This appeal raises the issue of the Crown's obligation to make disclosure to the defence. A witness who gave evidence at the preliminary inquiry favourable to the accused was subsequently interviewed by agents for the Crown. Crown counsel decided not to call the witness and would not produce the statements obtained at the interview. The trial judge refused an application by the defence for disclosure on the ground that there was no obligation on the Crown to disclose the statements. The Court of Appeal affirmed the judgment at trial and the case is here with leave of this Court.

1. Facts

The appellant was a Calgary lawyer charged with appropriating certain financial instruments from a client, one Jack Abrams. The indictment charged thirteen counts of criminal breach of trust contrary to s. 296 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 336), thirteen counts of theft contrary to s. 294(a) (now s. 334(a)) of the *Code*, and one count of fraud contrary to s. 338(1)(a) (now s. 380(1)(a)) of

Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 22. *La communication de la preuve par la poursuite*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984.

a Nova Scotia. *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, Vol. 1, *Findings and Recommendations*. Halifax: The Commission, 1989.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui a confirmé le verdict de culpabilité d'abus de confiance et de fraude rendu contre l'appellant par le juge Brennan siégeant sans jury. Pourvoi accueilli.

William E. Code, c.r., et *John Kingman Phillips*, pour l'appellant.

Daniel M. McDonald, c.r., et *Bruce R. Fraser, c.r.*, pour l'intimée.

d Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi met en cause l'obligation du ministère public de communiquer sa preuve à la défense. Un témoin qui a fait, à l'enquête préliminaire, une déposition favorable à l'accusé a subséquentement été interrogé par des agents du ministère public. Le substitut du procureur général a décidé de ne pas citer ce témoin et a refusé de produire les déclarations recueillies au cours de l'interrogatoire. La demande de divulgation présentée par la défense a été rejetée par le juge du procès pour le motif que le ministère public n'était nullement tenu de divulguer ces déclarations. La Cour d'appel a confirmé le jugement rendu au procès et un pourvoi a été formé avec l'autorisation de notre Cour.

h 1. Les faits

L'appellant est un avocat de Calgary accusé de s'être approprié certains instruments financiers appartenant à un nommé Jack Abrams, un de ses clients. L'acte d'accusation faisait état de treize infractions d'abus de confiance criminel commises en violation de l'art. 296 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'art. 336), de treize infractions de vol commises en violation de l'al. 294a) (maintenant l'al. 334a)) du *Code* et d'une infraction de fraude commise en violation de l'al. 338(1)a) (main-

the *Code*. The trial in the Alberta Court of Queen's Bench was before Brennan J. without a jury.

The Crown alleged that the appellant had wrongfully appropriated property which he held in trust for Abrams. The defence did not contest the receipt of funds by the appellant. The defence did contend, however, that despite Stinchcombe's formal status as trustee of the property, Abrams had in fact made Stinchcombe his business partner. Under this theory, Stinchcombe had acted as he was legally entitled to act. At issue therefore was the actual, as opposed to the formal, nature of the relationship between the two men.

Patricia Lineham is a former secretary of Mr. Stinchcombe. She was a Crown witness at the preliminary inquiry. There, she gave evidence which was, apparently, very favourable to the defence regarding the conduct of Abrams. The precise content of this testimony was not before the trial judge and is not in the record. Lineham was not listed on the indictment, but was subpoenaed by the Crown.

After the preliminary inquiry but prior to the trial, Lineham was interviewed by an RCMP officer. A tape-recorded statement was taken. Crown counsel informed defence counsel of the existence but not the content of this statement. A request for disclosure was refused. Later, during the course of the trial, Lineham was again interviewed by a police officer and a written statement taken. Again, though defence counsel was advised of the existence of the statement, a request for disclosure was refused. Crown counsel also indicated that he would not be calling Lineham as she was not worthy of credit.

It was not until the third day of the trial that defence counsel learned conclusively that Lineham would not be called by the Crown. At this time, he moved before the trial judge for an order that (i) the Crown call the witness, or (ii) the Court call the witness, or (iii) the Crown disclose the contents of the statements to the defence. A review of the record

tenant l'al. 380(1)a)) du *Code*. Le procès s'est déroulé en Cour du Banc de la Reine de l'Alberta devant le juge Brennan siégeant sans jury.

Le ministère public alléguait que l'appellant s'était illicitement approprié des biens qu'il détenait en fiducie pour Abrams. La défense n'a pas nié la réception de fonds par l'appellant, mais elle a fait valoir, toutefois, qu'Abrams avait fait de Stinchcombe son associé d'affaires même si ce dernier était officiellement fiduciaire des biens en question. Suivant cette théorie, Stinchcombe avait agi de manière tout à fait légale. Le litige porte en conséquence sur la nature réelle, plutôt qu'apparente, des rapports entre les deux hommes.

Patricia Lineham, une ancienne secrétaire de M^e Stinchcombe, a été témoin à charge à l'enquête préliminaire, où sa déposition relative à la conduite d'Abrams semble avoir été très favorable à la défense. Comme ce témoignage n'a pas été produit devant le juge du procès, son contenu ne figure pas au dossier. Lineham n'était pas nommée dans l'acte d'accusation, mais elle a été assignée à témoigner par le ministère public.

Après l'enquête préliminaire, mais avant le procès, Lineham a été interrogée par un agent de la GRC. Elle a fait une déclaration qui a été enregistrée sur bande magnétique. Le substitut du procureur général a informé l'avocat de la défense de l'existence mais non de la teneur de cette déclaration. Une demande de divulgation a été rejetée. Plus tard, pendant le procès, Lineham a été interrogée de nouveau par un agent de police qui a recueilli une déclaration écrite. Encore une fois, quoique l'avocat de la défense ait été mis au courant de l'existence de la déclaration, une demande de divulgation a été rejetée. En outre, le substitut du procureur général a indiqué qu'il ne ferait pas témoigner Lineham parce qu'elle n'était pas digne de foi.

Ce n'est que le troisième jour du procès que l'avocat de la défense a appris avec certitude que Lineham ne serait pas citée à témoigner par le ministère public. Il a donc saisi alors le juge du procès d'une requête visant à obtenir soit (i) que le ministère public cite le témoin, soit (ii) que la cour cite le témoin, soit (iii) que le ministère public divulgue à la défense la

makes it clear that defence counsel was pressing for access to, or production of, both the tape-recorded and written statements and was not pressing the alternative requests. In support of this motion, counsel for the defendant indicated that Ms. Lineham refused to speak to him or his staff when they attempted to interview her about the contents of the statements. Crown counsel did not provide any basis for resisting production other than to say that in his view the potential witness was not worthy of credit.

The trial judge dismissed the application. Brennan J. ruled that under the circumstances there was no obligation on the Crown to call the witness and that there was no obligation on the Crown to disclose the contents of the statements. The trial proceeded, and the accused was found guilty of all twenty-seven counts charged. A conditional stay was entered with respect to the thirteen theft counts. The Alberta Court of Appeal dismissed the appeal from conviction without issuing reasons. Leave to appeal to this Court was granted on the disclosure issue.

During argument before this Court, an application was made by the Crown to adduce the statements and the tape as fresh evidence. This application was rejected. The principal basis for the rejection was that at this stage it would be impossible to determine whether the statements would have been material to the defence if produced at trial.

2. Crown's Obligation to Disclose

The circumstances which give rise to this case are testimony to the fact that the law with respect to the duty of the Crown to disclose is not settled. A number of cases have addressed some aspects of the subject. See, for example, *Cunliffe v. Law Society of British Columbia* (1984), 40 C.R. (3d) 67 (B.C.C.A.); *Savion v. The Queen* (1980), 13 C.R. (3d) 259 (Ont. C.A.); *R. v. Bourget* (1987), 56 C.R. (3d) 97 (Sask. C.A.). No case in this Court has made a comprehensive

teneur des déclarations en cause. Il se dégage clairement du dossier que l'avocat de la défense tenait à la divulgation ou à la production de la déclaration écrite et de celle enregistrée sur bande magnétique et qu'il n'insistait pas sur les demandes subsidiaires. À l'appui de sa requête, l'avocat de la défense a indiqué que Mme Lineham avait refusé de parler à lui ou à son personnel lorsqu'ils ont tenté de l'interroger au sujet du contenu des déclarations. Quant au substitut du procureur général, il n'a pas motivé son opposition à la production autrement que par l'observation que, selon lui, le témoin éventuel n'était pas digne de foi.

Le juge du procès a rejeté la requête. Le juge Brennan a statué en effet que, dans les circonstances, il n'incombait aucunement au ministère public de citer le témoin et que le ministère public n'était nullement obligé de divulguer le contenu des déclarations. Le procès a suivi son cours et l'accusé a été reconnu coupable relativement à chacun des vingt-sept chefs d'accusation portés contre lui. Un sursis conditionnel à l'exécution de la peine a été inscrit en ce qui concerne les treize accusations de vol. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté, sans motiver sa décision, l'appel interjeté contre le verdict de culpabilité. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée relativement à la question de la divulgation des déclarations.

Au cours des débats devant notre Cour, le ministère public a demandé à produire la déclaration écrite et celle enregistrée sur bande magnétique à titre de nouveaux éléments de preuve. Cette demande a été rejetée principalement en raison de l'impossibilité, à ce stade-là, de déterminer si les déclarations auraient été pertinentes à la défense si elles avaient été produites au procès.

2. L'obligation de divulguer du ministère public

Les circonstances à l'origine de la présente affaire témoignent de l'incertitude du droit en ce qui a trait à l'obligation de divulguer qui incombe au ministère public. Il y a un certain nombre d'arrêts où sont abordés certains aspects de ce sujet. Voir, par exemple, *Cunliffe v. Law Society of British Columbia* (1984), 40 C.R. (3d) 67 (C.A.C.-B.); *Savion v. The Queen* (1980), 13 C.R. (3d) 259 (C.A. Ont.); *R. v. Bourget* (1987), 56 C.R. (3d) 97 (C.A. Sask.). Aucun

sive examination of the subject. The Law Reform Commission of Canada, in a 1974 working paper titled *Criminal Procedure: Discovery* (the "1974 Working Paper") and a 1984 report titled *Disclosure by the Prosecution* (the "1984 Report"), recommended comprehensive schemes regulating disclosure by the Crown but no legislative action has been taken implementing the proposals. Apart from the limited legislative response contained in s. 603 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, enacted in the 1953-54 overhaul of the *Code* (which itself condensed pre-existing provisions), legislators have been content to leave the development of the law in this area to the courts.

Production and discovery were foreign to the adversary process of adjudication in its earlier history when the element of surprise was one of the accepted weapons in the arsenal of the adversaries. This applied to both criminal and civil proceedings. Significantly, in civil proceedings this aspect of the adversary process has long since disappeared, and full discovery of documents and oral examination of parties and even witnesses are familiar features of the practice. This change resulted from acceptance of the principle that justice was better served when the element of surprise was eliminated from the trial and the parties were prepared to address issues on the basis of complete information of the case to be met. Surprisingly, in criminal cases in which the liberty of the subject is usually at stake, this aspect of the adversary system has lingered on. While the prosecution bar has generally co-operated in making disclosure on a voluntary basis, there has been considerable resistance to the enactment of comprehensive rules which would make the practice mandatory. This may be attributed to the fact that proposals for reform in this regard do not provide for reciprocal disclosure by the defence (see 1974 Working Paper at pp. 29-31; 1984 Report

arrêt de notre Cour ne contient une étude exhaustive du sujet. Dans un document de travail de 1974, intitulé *Procédure pénale: la communication de la preuve* (le «document de travail de 1974»), et dans un rapport de 1984, intitulé *La communication de la preuve par la poursuite* (le «rapport de 1984»), la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé l'adoption de régimes complets de réglementation de la communication de la preuve par le ministère public, mais aucune mesure législative n'a été prise afin de mettre en œuvre ces propositions. Abstraction faite de la mesure de portée limitée prévue à l'art. 603 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, adopté lors de la refonte de 1953-1954 du *Code* (qui lui-même constituait un résumé de dispositions préexistantes), les législateurs se sont contentés de laisser aux tribunaux le soin de concevoir des règles de droit dans ce domaine.

À l'époque où le système accusatoire en était encore à ses débuts, la production et la communication de la preuve lui étaient étrangères et la surprise constituait alors une arme acceptée dans l'arsenal des parties au litige. C'était le cas en matière tant criminelle que civile. Fait révélateur, dans les instances civiles, cet aspect du système accusatoire est depuis longtemps disparu, si bien que la communication intégrale des documents et l'interrogatoire oral des parties, et même des témoins, sont des éléments familiers de la pratique. Ce changement a résulté de l'acceptation du principe selon lequel il vaut mieux, dans l'intérêt de la justice, que l'élément de surprise soit éliminé du procès et que les parties soient prêtes à débattre les questions litigieuses sur le fondement de renseignements complets concernant la preuve à réfuter. Étonnamment, dans les instances criminelles, où c'est généralement la liberté de l'accusé qui est en jeu, cet aspect du système accusatoire subsiste. Quoique le ministère public se soit montré, en règle générale, coopératif en communiquant volontairement sa preuve, il a manifesté passablement de résistance à l'adoption de règles détaillées qui rendraient cette pratique obligatoire. Cela peut s'expliquer par le fait que les propositions de réforme dans ce domaine ne prévoient pas également la divulgation par la défense (voir le document de travail de 1974, aux pp. 30 à 32; le rapport de 1984, aux pp. 13 à 15; le

at pp. 13-15; Marshall Commission Report, *infra*, Vol. 1, at pp. 242-44).

It is difficult to justify the position which clings to the notion that the Crown has no legal duty to disclose all relevant information. The arguments against the existence of such a duty are groundless while those in favour, are, in my view, overwhelming. The suggestion that the duty should be reciprocal may deserve consideration by this Court in the future but is not a valid reason for absolving the Crown of its duty. The contrary contention fails to take account of the fundamental difference in the respective roles of the prosecution and the defence. In *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, Rand J. states, at pp. 23-24:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

I would add that the fruits of the investigation which are in the possession of counsel for the Crown are not the property of the Crown for use in securing a conviction but the property of the public to be used to ensure that justice is done. In contrast, the defence has no obligation to assist the prosecution and is entitled to assume a purely adversarial role toward the prosecution. The absence of a duty to disclose can, therefore, be justified as being consistent with this role.

rapport de la commission Marshall, *infra*, vol. 1, aux pp. 242 à 244).

Il est difficile de justifier le point de vue de ceux qui s'accrochent à l'idée que le ministère public n'a en droit aucune obligation de divulguer tous les renseignements pertinents. Les arguments avancés pour nier l'existence d'une telle obligation sont sans fondement tandis que ceux militant en sa faveur s'avèrent, à mon sens, accablants. L'assertion que cette obligation devrait être réciproque peut mériter que notre Cour s'y arrête à une autre occasion, mais ne constitue pas un motif valable de libérer le ministère public de son obligation. L'argument contraire ne tient pas compte de la différence fondamentale entre les rôles respectifs de la poursuite et de la défense. Dans l'arrêt *Boucher v. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, le juge Rand affirme, aux pp. 23 et 24:

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de veiller à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés: ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquitte d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquitter de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

J'ajouterais que les fruits de l'enquête qui se trouvent en la possession du substitut du procureur général n'appartiennent pas au ministère public pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue. La défense, par contre, n'est nullement tenue d'aider la poursuite et il lui est loisible de jouer purement et simplement un rôle d'adversaire à l'égard de cette dernière. L'absence d'une obligation de divulguer peut donc se justifier comme étant compatible avec ce rôle.

1991 CanLII 45 (SCC)

Other grounds advanced by advocates of the absence of a general duty to disclose all relevant information are that it would impose onerous new obligations on the Crown prosecutors resulting in increased delays in bringing accused persons to trial. This ground is not supported by the material in the record. As I have already observed, disclosure is presently being made on a voluntary basis. The extent of disclosure varies from province to province, from jurisdiction to jurisdiction and from prosecutor to prosecutor. The adoption of uniform, comprehensive rules for disclosure by the Crown would add to the work-load of some Crown counsel but this would be offset by the time saved which is now spent resolving disputes such as this one surrounding the extent of the Crown's obligation and dealing with matters that take the defence by surprise. In the latter case an adjournment is frequently the result of non-disclosure or more time is taken by a defence counsel who is not prepared. There is also compelling evidence that much time would be saved and therefore delays reduced by reason of the increase in guilty pleas, withdrawal of charges and shortening or waiver of preliminary hearings. The 1984 Report (at pp. 6-9) refers to several experimental projects which were established after the publication of the 1974 Working Paper in order to test the viability of pre-trial disclosure. The result of these experiments, and in particular the Montreal experiment, which was the most exhaustively evaluated, was that there was a significant increase in the number of cases settled and pleas of guilty entered or charges withdrawn.

In England, under the provisions of the *Criminal Justice Act 1967* (U.K.), 1967, c. 80, a "packet" of material is furnished to defence counsel. The provision of such material has led to a reduction in the length and number of preliminary hearings in that jurisdiction: *Report of the Special Committee on Preliminary Hearings*, Bench and Bar Council of Ontario (1982), at pp. 12-15.

Les partisans de l'absence d'un devoir général de divulguer tous les renseignements pertinents font valoir en outre que cela imposerait au procureur général des obligations à la fois nouvelles et lourdes, ce qui ferait en sorte que les accusés se verraient contraints d'attendre encore plus longtemps pour être jugés. Cette justification n'est pas appuyée par les documents versés au dossier. Comme je l'ai déjà fait remarquer, la divulgation se fait actuellement sur une base volontaire. L'étendue de cette divulgation varie d'une province à l'autre, d'un ressort à l'autre et d'un poursuivant à l'autre. L'adoption de règles uniformes et détaillées en matière de communication de la preuve par le ministère public augmenterait la charge de travail de certains substituts du procureur général, ce qui serait toutefois compensé par l'économie du temps actuellement consacré à résoudre des litiges comme celui-ci concernant l'étendue de l'obligation du ministère public et portant sur des points qui prennent la défense au dépourvu. Dans ce dernier cas, la non-divulgation entraîne souvent l'ajournement ou fait en sorte que l'avocat de la défense, qui n'est pas prêt, prend davantage de temps. Il y a en outre une preuve convaincante que l'augmentation du nombre de plaidoyers de culpabilité et d'accusations retirées ainsi que le raccourcissement des enquêtes préliminaires ou la renonciation à en tenir permettraient de réaliser de grandes économies de temps et de réduire en conséquence les retards. Le rapport de 1984 (aux pp. 6 à 10) fait état de plusieurs expériences-pilotes mises sur pied après la publication du document de travail de 1974 afin de vérifier la viabilité de la communication de la preuve avant le procès. Par suite de ces expériences, et en particulier, de celle menée à Montréal qui a fait l'objet des évaluations les plus poussées, on a constaté une augmentation importante du nombre de litiges réglés et d'inscriptions de plaidoyers de culpabilité ou d'accusations retirées.

En Angleterre, la *Criminal Justice Act 1967* (R.-U.), 1967, ch. 80, prévoit la remise d'un [TRANSDUCTION] «paquet» de documents à l'avocat de la défense. La fourniture de ces documents a amené une réduction de la durée et du nombre des enquêtes préliminaires dans ce pays: *Report of the Special Committee on Preliminary Hearings*, Bench and Bar Council of Ontario (1982), aux pp. 12 à 15.

Refusal to disclose is also justified on the ground that the material will be used to enable the defence to tailor its evidence to conform with information in the Crown's possession. For example, a witness may change his or her testimony to conform with a previous statement given to the police or counsel for the Crown. I am not impressed with this submission. All forms of discovery are subject to this criticism. There is surely nothing wrong in a witness refreshing his or her memory from a previous statement or document. The witness may even change his or her evidence as a result. This may rob the cross-examiner of a substantial advantage but fairness to the witness may require that a trap not be laid by allowing the witness to testify without the benefit of seeing contradictory writings which the prosecutor holds close to the vest. The principle has been accepted that the search for truth is advanced rather than retarded by disclosure of all relevant material.

Finally, it is suggested that disclosure may put at risk the security and safety of persons who have provided the prosecution with information. No doubt measures must occasionally be taken to protect the identity of witnesses and informers. Protection of the identity of informers is covered by the rules relating to informer privilege and exceptions thereto (see *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979), and any rules with respect to disclosure would be subject to this and other rules of privilege. With respect to witnesses, persons who have information that may be evidence favourable to the accused will have to have their identity disclosed sooner or later. Even the identity of an informer is subject to this fact of life by virtue of the "innocence exception" to the informer privilege rule (*Marks v. Beyfus*, *supra*, at pp. 498-99; *R. v. Scott*, *supra*, at p. 996; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 93; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494). It will, therefore, be a matter of the timing of the disclosure rather than whether disclosure should be made at all. The prosecutor must retain a degree of discretion in respect of

On allègue en outre, pour justifier le refus de divulguer, que ces renseignements permettraient à la défense de faire concorder sa propre preuve avec les renseignements en la possession du ministère public. Par exemple, un témoin pourrait changer son témoignage pour qu'il s'accorde avec une précédente déclaration faite à la police ou au substitut du procureur général. Cet argument me laisse froid. Toute communication d'éléments de preuve, quelle que soit la forme qu'elle revêt, donne prise à cette critique. Qu'y a-t-il de mal à ce qu'un témoin se rafraîchisse la mémoire en consultant une déclaration antérieure ou un document? Il se peut même que ce témoin modifie sa déposition en conséquence. Cela privera peut-être l'avocat qui mène le contre-interrogatoire d'un avantage considérable, mais l'équité envers le témoin peut exiger qu'on ne lui tende pas de piège en lui permettant de témoigner sans avoir eu la possibilité de prendre connaissance des écrits contradictoires que le poursuivant lui cache en quelque sorte. Il est reconnu, en principe, que la recherche de la vérité est facilitée plutôt qu'entravée par la divulgation de tous les renseignements pertinents.

Finalement, on prétend que la divulgation peut compromettre la sécurité des personnes qui ont fourni des renseignements à la poursuite. Sans doute des mesures doivent-elles être prises à l'occasion pour protéger l'identité de témoins et d'indicateurs. La protection de l'identité des indicateurs est régie par les règles concernant le privilège relatif aux indicateurs et par les exceptions à ces règles (voir *Marks v. Beyfus* (1890), 25 Q.B.D. 494 (C.A.); *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979), et toutes les règles relatives à la communication de la preuve sont assujetties à ce privilège et à d'autres règles en matière de secret. Pour ce qui est des témoins, les personnes possédant des renseignements qui peuvent constituer des éléments de preuve favorables à l'accusé verront nécessairement leur identité divulguée tôt ou tard. Cette réalité joue même dans le cas d'un indicateur, et ce, en raison de l'«exception d'innocence» à la règle du privilège relatif aux indicateurs (*Marks v. Beyfus*, précité, aux pp. 498 et 499; *R. c. Scott*, précité, à la p. 996; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 93; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494). La question est donc de savoir quand,

these matters. The discretion, which will be subject to review, should extend to such matters as excluding what is clearly irrelevant, withholding the identity of persons to protect them from harassment or injury, or to enforce the privilege relating to informers. The discretion would also extend to the timing of disclosure in order to complete an investigation. I shall return to this subject later in these reasons.

This review of the pros and cons with respect to disclosure by the Crown shows that there is no valid practical reason to support the position of the opponents of a broad duty of disclosure. Apart from the practical advantages to which I have referred, there is the overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence. This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as one of the principles of fundamental justice. (See *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, at p. 1514.) The right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted. Recent events have demonstrated that the erosion of this right due to non-disclosure was an important factor in the conviction and incarceration of an innocent person. In the *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, Vol. 1: *Findings and Recommendations* (1989) (the "Marshall Commission Report"), the Commissioners found that prior inconsistent statements were not disclosed to the defence. This was an important contributing factor in the miscarriage of justice which occurred and led the Commission to state that "anything less than complete disclosure by the Crown falls short of decency and fair play" (Vol. 1 at p. 238). The Commission recommended an extensive

plutôt que si, il devrait y avoir divulgation. Il faut que le poursuivant conserve un certain pouvoir discrétionnaire en la matière. Ce pouvoir discrétionnaire, qui est d'ailleurs susceptible de contrôle, devrait s'étendre notamment à l'exclusion des éléments qui ne sont manifestement pas pertinents, à la non-divulgation de l'identité de certaines personnes afin de les protéger contre le harcèlement ou des lésions corporelles, ou à l'application du privilège relatif aux indicateurs. Le pouvoir discrétionnaire s'exercerait en outre pour décider du moment de la divulgation afin que l'enquête puisse être menée à bonne fin. C'est là un sujet sur lequel je reviendrai plus loin dans ces motifs.

Cet examen des arguments militant pour ou contre la communication de la preuve par le ministère public révèle l'absence de toute raison pratique valable de retenir le point de vue des opposants à une obligation générale de divulguer. Outre les avantages d'ordre pratique déjà évoqués, il y a surtout la crainte prépondérante que la non-divulgation n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. (Voir *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, à la p. 1514.) Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables. Or, certains événements récents démontrent que l'affaiblissement de ce droit résultant de la non-communication de la preuve a été pour beaucoup dans la condamnation et l'incarcération d'un innocent. En effet, dans *Royal Commission on the Donald Marshall, Jr., Prosecution*, Vol. 1: *Findings and Recommendations* (1989) (le «rapport de la commission Marshall»), les commissaires ont conclu que des déclarations antérieures contradictoires n'avaient pas été divulguées à la défense. C'était là un facteur important qui a contribué à l'erreur judiciaire commise et qui a amené la Commission à affirmer que [TRADUCTION] «la décence et le franc-jeu ne commandent rien de moins que la communication intégrale de sa preuve par le ministère public» (vol. 1, à la p. 238). La Commission a recom-

regime of disclosure of which the key provisions are as follows (Vol. 1 at p. 243):

2(1) *Without request, the accused is entitled, before being called upon to elect the mode of trial or to plead to the charge of an indictable offence, whichever comes first, and thereafter:*

(a) *to receive a copy of his criminal record;*

(b) *to receive a copy of any statement made by him to a person in authority and recorded in writing or to inspect such a statement if it has been recorded by electronic means; and to be informed of the nature and content of any verbal statement alleged to have been made by the accused to a person in authority and to be supplied with any memoranda in existence pertaining thereto;*

(c) *to inspect anything that the prosecutor proposes to introduce as an exhibit and, where practicable, receive copies thereof;*

(d) *to receive a copy of any statement made by a person whom the prosecutor proposes to call as a witness or anyone who may be called as a witness, and recorded in writing or, in the absence of a statement, a written summary of the anticipated testimony of the proposed witness, or anyone who may be called as a witness;*

(e) *to receive any other material or information known to the Crown and which tends to mitigate or negate the defendant's guilt as to the offence charged, or which would tend to reduce his punishment therefor, notwithstanding that the Crown does not intend to introduce such material or information as evidence;*

(f) *to inspect the electronic recording of any statement made by a person whom the prosecutor proposes to call as a witness;*

(g) *to receive a copy of the criminal record of any proposed witness; and*

(h) *to receive, where not protected from disclosure by the law, the name and address of any other person who may have information useful to the accused, or other details enabling that person to be identified.*

2(2) *The disclosure contemplated in subsection (1), paragraphs (d), (e) and (h) shall be provided by the*

mandé l'adoption d'un régime détaillé de communication de la preuve, dont voici les dispositions essentielles (vol. 1, à la p. 243):

[TRADUCTION] **2(1)** *Avant d'être appelé à choisir le mode de procès ou de répondre à une accusation d'acte criminel, selon la première ces éventualités, et par la suite, l'accusé, sans avoir à en faire la demande, a le droit:*

a) *de recevoir copie de son casier judiciaire;*

b) *de recevoir copie de toute déclaration qu'il a pu faire à une personne en autorité et qui a été consignée par écrit, ou d'examiner cette déclaration si elle a été enregistrée sur support électronique; d'être informé de la nature et du contenu de toute déclaration orale qu'il aurait faite à une personne en autorité et de recevoir la communication de toute note de service y relative;*

c) *d'examiner tout ce que la poursuite se propose de produire comme pièce et, autant que faire se peut, d'en recevoir des copies;*

d) *de recevoir copie de toute déclaration, consignée par écrit, faite par une personne que la poursuite se propose de citer comme témoin ou qui pourra être citée comme témoin, ou de recevoir, en l'absence d'une déclaration, un résumé écrit de la déposition prévue du témoin envisagé ou du témoin éventuel;*

e) *de recevoir tout autre document ou renseignement dont le ministère public connaît l'existence et qui tend à atténuer ou à écarter la culpabilité du défendeur relativement à l'infraction reprochée, ou qui tendrait à faire diminuer sa peine, même si le ministère public n'a pas l'intention de produire en preuve ces documents ou renseignements;*

f) *d'examiner l'enregistrement sur support électronique de toute déclaration faite par une personne que la poursuite se propose de citer comme témoin;*

g) *de recevoir copie du casier judiciaire de toute personne qu'on se propose de citer comme témoin; et*

h) *de recevoir, pourvu que la loi n'interdise pas la divulgation de ces renseignements, la communication des nom et adresse de toute autre personne pouvant détenir des renseignements utiles à l'accusé, ou d'autres détails permettant d'identifier cette personne.*

2(2) *La divulgation envisagée aux alinéas d), e) et h) du paragraphe (1) doit être faite par le ministère public et*

Crown and may be limited only where, upon an inter partes application by the prosecutor, supported by evidence showing a likelihood that such disclosure will endanger the life or safety of such person or interfere with the administration of justice, a justice having jurisdiction in the matter deems it just and proper.

In my opinion there is a wholly natural evolution of the law in favour of disclosure by the Crown of all relevant material. As long ago as 1951, Cartwright J. stated in *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, at p. 257:

I wish to make it perfectly clear that I do not intend to say anything which might be regarded as lessening the duty which rests upon counsel for the Crown to bring forward evidence of every material fact known to the prosecution whether favourable to the accused or otherwise. . . . [Emphasis added.]

This statement may have been in reference to the obligation resting on counsel for the Crown to call evidence rather than to disclose the material to the defence, but I see no reason why this obligation should not be discharged by disclosing the material to the defence rather than obliging the Crown to make it part of the Crown's case. Indeed, some of the information will be in a form that cannot be put in evidence by the Crown but can be used by the defence in cross-examination or otherwise. Production to the defence is then the only way in which the injunction of Cartwright J. can be obeyed.

In *R. v. C. (M.H.)* (1988), 46 C.C.C. (3d) 142 (B.C.C.A.), at p. 155, McEachern C.J.B.C. after a review of the authorities stated what I respectfully accept as a correct statement of the law. He said that: "there is a general duty on the part of the Crown to disclose all material it proposes to use at trial and especially all evidence which may assist the accused even if the Crown does not propose to adduce it". This passage was cited with approval by McLachlin J. in her reasons on behalf of the Court ([1991] 1 S.C.R. 763). She went on to add: "This Court has previously stated that the Crown is under a duty at common law to disclose to the defence all material

ne peut être limitée que dans un cas où, sur demande inter partes présentée par la poursuite et appuyée par des éléments de preuve établissant que cette divulgation est susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité de la personne en question ou qu'elle entravera l'administration de la justice, un juge de paix ayant compétence en la matière l'estime juste et convenable.

À mon avis, le droit connaît une évolution tout à fait naturelle vers la divulgation par le ministère public de tous les renseignements pertinents. Déjà en 1951, le juge Cartwright disait dans l'arrêt *Lemay v. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232, à la p. 257:

[TRADUCTION] Je veux qu'on comprenne bien que je ne veux rien dire qui soit considéré comme une atténuation de l'obligation du substitut du procureur général de présenter la preuve de tout fait substantiel connu de la poursuite, qu'il soit favorable ou non à l'accusé . . . [Je souligne.]

Cette affirmation concerne peut-être l'obligation du substitut du procureur général de citer des témoins plutôt qu'une obligation de divulguer les renseignements à la défense, mais je ne vois aucune raison pour laquelle le ministère public ne devrait pas s'acquitter de l'obligation en question en divulguant ces renseignements à la défense au lieu de se voir contraint de les produire en preuve. En fait, certains de ces renseignements revêtiront une forme qui rendra impossible leur production en preuve par le ministère public mais qui permettra leur utilisation par la défense, notamment à des fins de contre-interrogatoire. Leur communication à la défense représente donc l'unique façon dont l'injonction du juge Cartwright peut être respectée.

Dans l'affaire *R. v. C. (M.H.)* (1988), 46 C.C.C. (3d) 142 (C.A.C.-B.), à la p. 155, le juge en chef McEachern, ayant passé en revue la jurisprudence, fait ce que je considère, en toute déférence, comme un énoncé juste de la règle de droit applicable. Il dit que [TRADUCTION] «le ministère public a l'obligation générale de divulguer tout ce qu'il envisage d'utiliser au procès, et particulièrement tous les éléments de preuve qui peuvent aider l'accusé, même si le ministère public n'envisage pas de les présenter». Ce passage a été cité et approuvé par le juge McLachlin dans les motifs qu'elle a rédigés au nom de notre Cour ([1991] 1 R.C.S. 763). Elle a ajouté: «Notre

evidence whether favourable to the accused or not” (p. 774).

As indicated earlier, however, this obligation to disclose is not absolute. It is subject to the discretion of counsel for the Crown. This discretion extends both to the withholding of information and to the timing of disclosure. For example, counsel for the Crown has a duty to respect the rules of privilege. In the case of informers the Crown has a duty to protect their identity. In some cases serious prejudice or even harm may result to a person who has supplied evidence or information to the investigation. While it is a harsh reality of justice that ultimately any person with relevant evidence must appear to testify, the discretion extends to the timing and manner of disclosure in such circumstances. A discretion must also be exercised with respect to the relevance of information. While the Crown must err on the side of inclusion, it need not produce what is clearly irrelevant. The experience to be gained from the civil side of the practice is that counsel, as officers of the court and acting responsibly, can be relied upon not to withhold pertinent information. Transgressions with respect to this duty constitute a very serious breach of legal ethics. The initial obligation to separate “the wheat from the chaff” must therefore rest with Crown counsel. There may also be situations in which early disclosure may impede completion of an investigation. Delayed disclosure on this account is not to be encouraged and should be rare. Completion of the investigation before proceeding with the prosecution of a charge or charges is very much within the control of the Crown. Nevertheless, it is not always possible to predict events which may require an investigation to be re-opened and the Crown must have

Cour a déjà dit que le ministère public a l’obligation en common law de divulguer à la défense tous les éléments de preuve substantielle, favorables ou non à l’accusé» (p. 774).

Comme je l’ai déjà indiqué, toutefois, cette obligation de divulguer n’est pas absolue. Elle est assujettie au pouvoir discrétionnaire du substitut du procureur général, lequel pouvoir s’exerce tant pour refuser la divulgation de renseignements que pour décider du moment de cette divulgation. Par exemple, il incombe au substitut du procureur général de respecter les règles en matière de secret. En ce qui concerne les indicateurs, le ministère public a l’obligation de taire leur identité. Dans certains cas, la personne qui a fourni des éléments de preuve ou des renseignements dans le cadre de l’enquête peut subir, en conséquence, un préjudice grave et même des lésions corporelles. La dure réalité de la justice veut que toute personne disposant d’éléments de preuve pertinents finisse par comparaître pour témoigner, mais le pouvoir discrétionnaire s’exerce en pareil cas pour déterminer le moment et la forme de la divulgation. Un pouvoir discrétionnaire doit être également exercé relativement à la pertinence de renseignements. Si le ministère public pêche, ce doit être par inclusion. Il n’est toutefois pas tenu de produire ce qui n’a manifestement aucune pertinence. La pratique dans le domaine civil nous enseigne qu’on peut compter sur les avocats, en leur qualité d’officiers de justice agissant de façon responsable, pour accepter de divulguer des renseignements pertinents. Les manquements à cette obligation constituent une violation très grave de la déontologie juridique. C’est donc au substitut du procureur général qu’il incombe avant tout de séparer «le bon grain de l’ivraie». Il peut aussi y avoir des situations où la divulgation prématurée pourra peut-être retarder la fin de l’enquête. Pourtant, retarder la communication de la preuve pour ce motif est une pratique qu’il ne faut pas encourager et à laquelle on devrait rarement recourir. Quant à savoir si l’enquête sera terminée avant que ne soient engagées des poursuites concernant un seul ou plusieurs chefs d’accusation, il n’en tient essentiellement qu’au ministère public. Néanmoins, il n’est pas toujours possible de prévoir les événements qui pourront nécessiter la réouverture d’une enquête, de sorte que le ministère public doit avoir un certain pouvoir dis-

some discretion to delay disclosure in these circumstances.

The discretion of Crown counsel is, however, reviewable by the trial judge. Counsel for the defence can initiate a review when an issue arises with respect to the exercise of the Crown's discretion. On a review the Crown must justify its refusal to disclose. Inasmuch as disclosure of all relevant information is the general rule, the Crown must bring itself within an exception to that rule.

The trial judge on a review should be guided by the general principle that information ought not to be withheld if there is a reasonable possibility that the withholding of information will impair the right of the accused to make full answer and defence, unless the non-disclosure is justified by the law of privilege. The trial judge might also, in certain circumstances, conclude that the recognition of an existing privilege does not constitute a reasonable limit on the constitutional right to make full answer and defence and thus require disclosure in spite of the law of privilege. The trial judge may also review the decision of the Crown to withhold or delay production of information by reason of concern for the security or safety of witnesses or persons who have supplied information to the investigation. In such circumstances, while much leeway must be accorded to the exercise of the discretion of the counsel for the Crown with respect to the manner and timing of the disclosure, the absolute withholding of information which is relevant to the defence can only be justified on the basis of the existence of a legal privilege which excludes the information from disclosure.

The trial judge may also review the Crown's exercise of discretion as to relevance and interference with the investigation to ensure that the right to make full answer and defence is not violated. I am confident that disputes over disclosure will arise infrequently when it is made clear that counsel for the Crown is under a general duty to disclose all relevant

crétionnaire de retarder la divulgation en pareilles circonstances.

Le pouvoir discrétionnaire du substitut du procureur général peut toutefois faire l'objet d'un contrôle de la part du juge du procès. L'avocat de la défense a la possibilité d'exiger un tel contrôle dans chaque cas où se pose une question concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Dans le cadre de ce contrôle, le ministère public doit justifier son refus de divulguer les renseignements en question. Comme la règle générale consiste à divulguer tous les renseignements pertinents, il faut alors que le ministère public invoque l'application d'une exception à cette règle.

Le juge du procès qui effectue un contrôle doit se laisser guider par le principe général selon lequel il ne faut refuser de divulguer aucun renseignement s'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgation porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, à moins que cette non-divulgation ne se justifie par le droit au secret. Le juge du procès pourrait également, dans certaines circonstances, conclure que la reconnaissance de l'existence d'un droit au secret ne constitue pas une restriction raisonnable du droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière, et ainsi exiger la divulgation malgré le droit au secret. Il se peut aussi que le juge du procès examine la décision du ministère public de refuser ou de retarder la divulgation de renseignements par crainte pour la sécurité des témoins ou des personnes qui ont fourni ces renseignements à l'enquête. En pareil cas, bien qu'il faille accorder au substitut du procureur général une grande latitude pour l'exercice de son pouvoir discrétionnaire relativement au moment et à la forme de la divulgation, le refus absolu de divulguer des renseignements pertinents pour la défense ne peut se justifier que par l'existence d'un droit au secret qui soustrait ces renseignements à la divulgation.

Le juge du procès peut également examiner l'exercice par le ministère public de son pouvoir discrétionnaire sous le double angle de la pertinence et de l'entrave à l'enquête afin de s'assurer qu'il n'y a pas eu de violation du droit de présenter une défense pleine et entière. Je suis convaincu que des différends relatifs à la communication de la preuve ne surgiront que

information. The tradition of Crown counsel in this country in carrying out their role as "ministers of justice" and not as adversaries has generally been very high. Given this fact, and the obligation on defence counsel as officers of the court to act responsibly, these matters will usually be resolved without the intervention of the trial judge. When they do arise, the trial judge must resolve them. This may require not only submissions but the inspection of statements and other documents and indeed, in some cases, *viva voce* evidence. A *voir dire* will frequently be the appropriate procedure in which to deal with these matters.

Counsel for the accused must bring to the attention of the trial judge at the earliest opportunity any failure of the Crown to comply with its duty to disclose of which counsel becomes aware. Observance of this rule will enable the trial judge to remedy any prejudice to the accused if possible and thus avoid a new trial. See *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786. Failure to do so by counsel for the defence will be an important factor in determining on appeal whether a new trial should be ordered.

These are the general principles that govern the duty of the Crown to make disclosure to the defence. There are many details with respect to their application that remain to be worked out in the context of concrete situations. It would be neither possible nor appropriate to attempt to lay down precise rules here. Although the basic principles of disclosure will apply across the country, the details may vary from province to province and even within a province by reason of special local conditions and practices. It would, therefore, be useful if the under-utilized power conferred by s. 482 of the *Criminal Code* which empowers superior courts and courts of criminal jurisdiction to enact rules were employed to pro-

rarement du moment qu'on fait bien comprendre aux substituts du procureur général qu'ils ont l'obligation générale de divulguer tous les renseignements pertinents. D'une manière générale, les substituts du procureur général au Canada se sont montrés traditionnellement très soucieux de jouer leur rôle de «ministres de la justice» plutôt que celui d'adversaires. Compte tenu de ce fait et de l'obligation qu'ont les avocats de la défense, en leur qualité d'officiers de justice, d'agir de façon responsable, ces questions se résoudront normalement sans l'intervention du juge du procès. Quand elles se posent cependant, c'est à ce dernier qu'il appartient de les régler. Cela peut nécessiter non seulement que soient présentés des arguments mais que les déclarations et autres documents fassent l'objet d'un examen, et il pourra même s'avérer nécessaire, dans certains cas, de produire des témoignages de vive voix. Souvent, il conviendra de tenir un *voir-dire* pour trancher ces questions.

Quand l'avocat de l'accusé prend connaissance d'une omission du ministère public de respecter son obligation de divulguer, celui-ci doit, dès que possible, signaler cette omission au juge du procès. L'observation de cette règle permettra au juge du procès de remédier, autant que faire se peut, à tout préjudice causé à l'accusé et d'éviter ainsi un nouveau procès. Voir *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786. L'omission de l'avocat de la défense de ce faire constituera un facteur important à retenir pour déterminer, lors d'un appel, s'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Voilà les principes généraux qui régissent l'obligation du ministère public de communiquer sa preuve à la défense. Pour ce qui est de leur application, il reste encore bien des points qui devront être réglés dans le contexte de situations concrètes. Il ne serait ni possible ni convenable de tenter d'établir des règles précises en l'espèce. Bien que les principes fondamentaux de la communication de la preuve s'appliquent dans tout le pays, les modalités de leur application pourront varier d'une province à l'autre, et même à l'intérieur d'une province, en raison de conditions et de pratiques locales particulières. Il serait donc utile qu'on se serve du pouvoir trop peu utilisé conféré par l'art. 482 du *Code criminel*, qui habilite les cours

vide further details with respect to the procedural aspects of disclosure.

The general principles referred to herein arise in the context of indictable offences. While it may be argued that the duty of disclosure extends to all offences, many of the factors which I have canvassed may not apply at all or may apply with less impact in summary conviction offences. Moreover, the content of the right to make full answer and defence entrenched in s. 7 of the *Charter* may be of a more limited nature. A decision as to the extent to which the general principles of disclosure extend to summary conviction offences should be left to a case in which the issue arises in such proceedings. In view of the number and variety of statutes which create such offences, consideration would have to be given as to where to draw the line. Pending a decision on that issue, the voluntary disclosure which has been taking place through the co-operation of Crown counsel will no doubt continue. Continuation and extension of this practice may eliminate the necessity for a decision on the issue by this Court.

There are, however, two additional matters which require further elaboration of the general principles of disclosure outlined above. They are: (1) the timing of disclosure, and (2) what should be disclosed. Some detail with respect to these issues is essential if the duty to disclose is to be meaningful. Moreover, with respect to the second matter, resolution of the dispute over disclosure in this case requires a closer examination of the issue.

With respect to timing, I agree with the recommendation of the Law Reform Commission of Canada in both of its reports that initial disclosure should occur before the accused is called upon to elect the mode of trial or to plead. These are crucial steps which the accused must take which affect his or her rights in a fundamental way. It will be of great assistance to the accused to know what are the strengths and weak-

supérieures et les cours de juridiction criminelle à établir des règles, pour fournir des précisions concernant les aspects procéduraux de la communication de la preuve.

a Les principes généraux mentionnés ici sont formulés dans le contexte des actes criminels. Bien que l'on puisse soutenir que l'obligation de divulguer s'applique à toutes les infractions, il se peut que plusieurs des facteurs que j'ai examinés à fond ne s'appliquent pas du tout ou que leur effet soit moindre dans le cas des infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité. De plus, le contenu du droit de présenter une défense pleine et entière, qui est consacré à l'art. 7 de la *Charte*, peut être de nature plus limitée. Il conviendra de statuer sur la mesure dans laquelle les principes généraux de la communication de la preuve s'appliquent aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, dans une affaire où cette question sera soulevée. Vu le nombre et la diversité des lois qui créent ces infractions, il faudrait examiner où tracer la ligne de démarcation. En attendant qu'une décision soit rendue sur cette question, il ne fait pas de doute que la divulgation volontaire, qui se fait grâce à la collaboration du substitut du procureur général, se poursuivra. La poursuite et l'élargissement de cette pratique pourront éliminer la nécessité que notre Cour statue sur cette question.

b Deux autres points nécessitent toutefois que soient précisés davantage les principes généraux de la communication de la preuve exposés ci-dessus. Ces points sont: (1) le moment de la divulgation, et (2) ce qu'il convient de divulguer. Des précisions sur ces points s'imposent pour que l'obligation de divulguer ne soit pas lettre morte. D'autre part, la résolution du différend relatif à la communication de la preuve en l'espèce nécessite un examen plus approfondi du second point.

c En ce qui concerne le moment de la divulgation, je souscris à la recommandation de la Commission de réforme du droit du Canada, dans ses deux rapports susmentionnés, que la communication initiale de la preuve devrait avoir lieu avant que l'accusé ne soit appelé à choisir son mode de procès ou à présenter son plaidoyer. Ce sont des mesures cruciales que doit prendre l'accusé et qui influent de façon fondamen-

nesses of the Crown's case before committing on these issues. As I have pointed out above, the system will also profit from early disclosure as it will foster the resolution of many charges without trial, through increased numbers of withdrawals and pleas of guilty. The obligation to disclose will be triggered by a request by or on behalf of the accused. Such a request may be made at any time after the charge. Provided the request for disclosure has been timely, it should be complied with so as to enable the accused sufficient time before election or plea to consider the information. In the rare cases in which the accused is unrepresented, Crown counsel should advise the accused of the right to disclosure and a plea should not be taken unless the trial judge is satisfied that this has been done. At this stage, the Crown's brief will often not be complete and disclosure will be limited by this fact. Nevertheless, the obligation to disclose is a continuing one and disclosure must be completed when additional information is received.

With respect to what should be disclosed, the general principle to which I have referred is that all relevant information must be disclosed subject to the reviewable discretion of the Crown. The material must include not only that which the Crown intends to introduce into evidence but also that which it does not. No distinction should be made between inculpatory and exculpatory evidence. The attempt to make this distinction in connection with the confession rule proved to be unworkable and was eventually discarded by this Court. See *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23, at p. 36; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 645. To re-introduce the distinction here would lead to interminable controversy at trial that should be avoided. The Crown must, there-

tale sur ses droits. Il sera d'un grand secours à l'accusé de connaître les points forts et les points faibles de la preuve du ministère public avant d'en venir à une décision à cet égard. Comme je l'ai déjà souligné, le système bénéficiera lui aussi d'une divulgation prématurée, puisque cela facilitera le règlement sans procès de bien des accusations grâce à l'augmentation du nombre d'accusations retirées et de plaidoyers de culpabilité. Une demande de divulgation, présentée par l'accusé ou en son nom, fait naître une obligation en ce sens. Cette demande peut être faite à n'importe quel moment après que l'accusation a été portée. Pourvu que la demande de divulgation ait été présentée en temps utile, on devrait y obtempérer de manière à ce que l'accusé dispose de suffisamment de temps pour prendre connaissance des renseignements avant de choisir son mode de procès ou de présenter son plaidoyer. Dans les rares cas où l'accusé n'est pas représenté par un avocat, le substitut du procureur général devrait l'informer de son droit à la communication de la preuve et le juge du procès ne devrait accepter de plaidoyer que s'il est convaincu que cela a été fait. Souvent, le dossier du ministère public ne sera pas complet à ce stade, ce qui viendra limiter la portée de la divulgation. L'obligation de divulguer n'en demeure pas moins permanente et la communication de la preuve doit être complétée dès la réception de renseignements complémentaires.

Quant à savoir ce qu'il convient de divulguer, le principe général précédemment évoqué exige la divulgation de tous les renseignements pertinents, sous réserve de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public, lequel pouvoir est susceptible de contrôle judiciaire. Doivent être divulgués non seulement les renseignements que le ministère public entend produire en preuve, mais aussi ceux qu'il n'a pas l'intention de produire. Aucune distinction ne devrait être faite entre preuve inculpatoire et preuve disculpatoire. On a tenté de faire cette distinction dans le cas de la règle relative aux confessions. La distinction s'est toutefois avérée impossible à appliquer, si bien que notre Cour l'a finalement écartée. Voir les arrêts *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23, à la p. 36; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 645. Le rétablissement de cette distinction en l'espèce engendrerait, lors du procès, d'interminables

fore, disclose relevant material whether it is inculpatory or exculpatory.

A special problem arises in respect to witness statements and is specifically raised in this case. There is virtually no disagreement that statements in the possession of the Crown obtained from witnesses it proposes to call should be produced. In some cases the statement will simply be recorded in notes taken by an investigator, usually a police officer. The notes or copies should be produced. If notes do not exist then a "will say" statement, summarizing the anticipated evidence of the witness, should be produced based on the information in the Crown's possession. A more difficult issue is posed with respect to witnesses and other persons whom the Crown does not propose to call. In its 1974 Working Paper, the Law Reform Commission of Canada recommended disclosure of not only the names, addresses and occupations of all "persons who have provided information to investigation or prosecution authorities" (p. 41), but the statements obtained or, if these did not exist, "a summary of the information provided by those persons not intended to be called at trial, along with a statement of the manner in which the information in each summary has been obtained. . ." (p. 41). In its 1984 Report, the Commission seemed to have changed its mind. It stated (at pp. 27-28):

With respect to potential witnesses we do not recommend, on a mandatory basis, the type of thorough disclosure that we recommend with respect to proposed witnesses. Complete disclosure would entail not only the identification of such persons, but the disclosure of any statement they made and in some cases their criminal records. In our view a recommendation to this effect would be excessive and disproportionate to the needs of the defence. In many instances these people are of no use, or of marginal use, to the case for either side. Their statements are not evidence, although they may be effectively used by the prosecution for purposes of impeachment in cross-examination in the event the witness is called by the accused. Prosecutors are understandably reluctant to disclose these statements because to do so

controverses qu'il convient d'éviter. D'où l'obligation du ministère public de divulguer tous les renseignements pertinents, qu'ils soient inculpatatoires ou disculpatoires.

Un problème particulier se pose relativement aux déclarations de témoins et c'est précisément le cas en l'espèce. À peu près personne ne conteste que les déclarations que le ministère public a obtenues de témoins qu'il envisage de citer devraient être communiquées. Dans certains cas, il s'agira simplement d'une déclaration consignée dans les notes de l'enquêteur, normalement un agent de police. Ces notes ou des copies devraient être produites. S'il n'existe pas de notes, il faut communiquer un énoncé de ce qu'on «va dire», lequel énoncé résume la déposition prévue du témoin et est établi à partir des renseignements dont dispose le ministère public. La question devient plus épineuse dans le cas de témoins et d'autres personnes que le ministère public ne compte pas citer. Dans son document de travail de 1974, la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé la divulgation non seulement des nom, adresse et occupation de toute «personne ayant fourni des renseignements aux responsables de l'enquête ou à la couronne» (p. 46), mais aussi des déclarations obtenues ou, en l'absence de déclarations, d'un «résumé des renseignements fournis par les personnes que la couronne n'a pas l'intention de faire entendre au procès, ainsi qu'une indication de la façon dont les renseignements contenus dans chaque résumé ont été obtenus . . .» (pp. 46 et 47). Dans son rapport de 1984, la Commission semble avoir changé d'avis. Elle y affirme en effet (aux pp. 29 et 30):

En ce qui a trait aux témoins éventuels, nous ne recommandons pas que l'obligation de poursuivre, quant à la communication de la preuve, soit aussi étendue que dans le cas de témoins présumés. En effet, cela entraînerait la divulgation non seulement de l'identité des témoins éventuels, mais également des déclarations qu'ils ont faites et dans certains cas, de leur casier judiciaire. À notre avis, cela serait excessif et démesuré par rapport aux besoins de la défense. Dans bien des cas, les renseignements que détiennent ces personnes n'ont que peu ou pas d'intérêt pour les parties. Leurs déclarations ne font pas partie de la preuve, bien qu'elles puissent être utiles au poursuivant lorsqu'il désire attaquer, au moment du contre-interrogatoire, la crédibilité d'un témoin à décharge. On comprend donc aisément que les

would imperil their principal utility. It is our view that the interests of the defence are adequately served by the mandatory disclosure of the identity of such persons, although we would not wish our comments to discourage prosecutors from disclosing statements and other relevant information on a voluntary basis.

The Marshall Commission Report recommended disclosure of "any statement made by a person whom the prosecutor proposes to call as a witness or anyone who may be called as a witness". Although not entirely clear, this recommendation appears to extend to anyone who has relevant information and who is either compellable or prepared to testify whether proposed to be called by the Crown or not.

This Court, in *R. v. C. (M.H.)*, *supra*, dealt with the failure to disclose either the identity or statement of a person who provided relevant information to the police but who was not called as a witness. McLachlin J., speaking for the Court, indicated that failure to disclose in such cases could impair the fairness of the trial.

I am of the opinion that, subject to the discretion to which I have referred above, all statements obtained from persons who have provided relevant information to the authorities should be produced notwithstanding that they are not proposed as Crown witnesses. Where statements are not in existence, other information such as notes should be produced, and, if there are no notes, then in addition to the name, address and occupation of the witness, all information in the possession of the prosecution relating to any relevant evidence that the person could give should be supplied. I do not find the comments of the Commission in its 1984 Report persuasive. If the information is of no use then presumably it is irrelevant and will be excluded in the exercise of the discretion of the Crown. If the information is of some use then it is relevant and the determination as to whether it is sufficiently useful to put into evidence should be made by the defence and not the prosecu-

poursuivants soient peu enclins à communiquer ces déclarations puisque la divulgation enlève à celles-ci leur principal intérêt. Nous croyons qu'il suffit, au regard des intérêts de la défense, que la poursuite soit tenue de divulguer l'identité de ces personnes. Toutefois, nous ne voudrions pas que nos remarques aient pour effet d'empêcher les poursuivants de divulguer volontairement des déclarations et d'autres renseignements importants lorsqu'ils sont disposés à le faire.

Le rapport de la commission Marshall a recommandé la divulgation de [TRADUCTION] «toute déclaration . . . faite par une personne que la poursuite se propose de citer comme témoin ou qui pourra être citée comme témoin». Malgré une certaine équivoque, cette recommandation semble viser toute personne qui détient des renseignements pertinents et qui est contraignable ou disposée à témoigner, que le ministère public ait ou non l'intention de la citer comme témoin.

Dans l'arrêt *R. c. C. (M.H.)*, précité, notre Cour a examiné l'omission de divulguer l'identité ou la déclaration d'une personne qui avait fourni des renseignements pertinents à la police mais qui n'avait pas été citée à témoigner. Le juge McLachlin, s'exprimant au nom de la Cour, a indiqué que la non-divulgation en pareils cas pouvait compromettre l'équité du procès.

Selon moi, sous réserve du pouvoir discrétionnaire dont j'ai traité précédemment, toute déclaration obtenue de personnes qui ont fourni des renseignements pertinents aux autorités devrait être produite, même si le ministère public n'a pas l'intention de citer ces personnes comme témoins à charge. Lorsqu'il n'existe pas de déclarations, il faut produire d'autres renseignements tels que des notes et, en l'absence de notes, il faut divulguer, outre les nom, adresse et occupation du témoin, tous les renseignements que possède la poursuite au sujet de tous les éléments de preuve pertinents pouvant être fournis par la personne en question. Je tiens pour peu convaincantes les observations faites par la Commission dans son rapport de 1984. En effet, si les renseignements sont inutiles, on peut supposer qu'ils n'ont aucune pertinence et qu'ils seront en conséquence écartés par le ministère public dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Si les renseignements présentent une

tor. Moreover, I do not understand the Commission's statement that "[t]heir statements are not evidence". That is true of all witness statements. They themselves are not evidence but are produced not because they will be put in evidence in that form but will enable the evidence to be called *viva voce*. That prosecutors are reluctant to disclose statements because use of them in cross-examination is thereby rendered less effective is understandable. That is an objection to all forms of discovery and disclosure. Tactical advantage must be sacrificed in the interests of fairness and the ascertainment of the true facts of the case.

3. Application to This Case

No request was made in this case for disclosure prior to pleading or electing the mode of trial and this issue does not, therefore, arise. A request for disclosure was made during the trial for the disclosure of two statements taken subsequent to the preliminary hearing. An application for disclosure was dismissed by the trial judge on the ground that there was no obligation on the Crown to disclose the statements.

Applying the above principles, I conclude that the following errors were committed:

- (1) Counsel for the Crown misconceived his obligation to disclose the statements;
- (2) The explanation for refusal that the witness was not worthy of credit was completely inadequate to support the exercise of this discretion on the ground of irrelevance. Whether the witness is credible is for the trial judge to determine after hearing the evidence;
- (3) The trial judge ought to have examined the statements. The suggestion that this would have prejudiced the trial judge is without

certain utilité, alors ils sont pertinents et c'est à la défense et non à la poursuite de décider s'il s'agit d'une utilité suffisante pour qu'ils soient produits en preuve. De surcroît, je ne comprends pas l'affirmation de la Commission que «[I]eurs déclarations ne font pas partie de la preuve». C'est le cas de toutes les déclarations de témoins. Elles ne constituent pas en soi des éléments de preuve. On les produit non pas dans le but de les présenter en preuve comme telles, mais afin de permettre que la preuve soit faite de vive voix. Il est compréhensible que la poursuite soit peu disposée à divulguer des déclarations parce qu'elles auront, par suite de leur divulgation, moins d'effet lors du contre-interrogatoire. La même objection pourrait être soulevée à l'égard de toutes les formes de communication de la preuve. L'avantage tactique doit être sacrifié au profit de l'équité et de la détermination des véritables faits de l'affaire.

3. Application à la présente affaire

Comme on n'a pas demandé en l'espèce la divulgation antérieurement au plaidoyer ou au choix du mode de procès, cette question ne se pose pas. Une demande de divulgation de deux déclarations recueillies à la suite de l'enquête préliminaire a été faite au cours du procès. Une requête en divulgation a été rejetée par le juge du procès pour le motif que le ministère public n'avait aucune obligation de divulguer les déclarations en cause.

Appliquant les principes susmentionnés, je conclus que les erreurs suivantes ont été commises:

- (1) Le substitut du procureur général a mal interprété son obligation de divulguer les déclarations.
- (2) Expliquer le refus de les divulguer par le fait que le témoin n'était pas digne de foi n'est pas suffisant pour justifier, par la non-pertinence de la preuve en question, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Il appartient au juge du procès de décider de la crédibilité du témoin après avoir entendu la preuve.
- (3) Le juge du procès aurait dû examiner les déclarations. On a tort de prétendre que cela aurait compromis son impartialité. Le juge du

1991 CanLII 45 (SCC)

merit. Trial judges are frequently apprised of evidence which is ruled inadmissible. One example is a confession that fails to meet the test of voluntariness. No one would suggest that knowledge of such evidence prejudices the trial judge. We operate on the principle that a judge trained to screen out inadmissible evidence will disabuse himself or herself of such evidence;

- (4) The trial judge erred in his statement of the duty to disclose on the part of the Crown.

It was submitted that the appellant was not deprived of the opportunity to make full answer and defence because he could have:

- (a) interviewed the witness and obtained his own statement;
- (b) called the witness, and if her evidence proved adverse, cross-examined on the basis of the preliminary hearing transcript.

With respect to (a), counsel for the appellant pointed out that the witness refused to be interviewed. In any event, even if such an interview took place, what the witness said on two prior occasions could be very material to the defence.

As for (b), counsel for the defence is entitled to know whether the witness he/she is calling will give evidence that will assist the defence or whether the witness will be adverse and necessitate an application to cross-examine on the basis of a prior inconsistent statement. The latter usually creates an undesirable atmosphere at the trial and the most that can be achieved is to impeach or destroy the credibility of the witness. See *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588, and *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272, at pp. 277-78. Most counsel faced with this prospect would likely opt not to call the witness, a matter which bears on the right to make full answer and defence.

procès se voit souvent soumettre des éléments de preuve qu'il déclare inadmissibles. C'est le cas notamment d'une confession qui ne satisfait pas au critère du caractère volontaire. Personne ne laisserait entendre que le fait d'avoir pris connaissance de cet élément de preuve compromet l'impartialité du juge. Nous tenons pour acquis qu'un juge formé pour écarter les éléments de preuve inadmissibles fera abstraction de ceux-ci.

- (4) Le juge du procès a fait un énoncé erroné de l'obligation de divulguer qui incombe au ministère public.

On a fait valoir que l'appellant n'a pas été privé de la possibilité de présenter une défense pleine et entière parce qu'il aurait pu:

- a) interroger le témoin et obtenir lui-même une déclaration;
- b) citer le témoin et, si sa déposition s'était avérée défavorable, le contre-interroger en se fondant sur la transcription de l'enquête préliminaire.

Pour ce qui est du point a), l'avocat de l'appellant a indiqué que le témoin refusait de se laisser interroger. De toute façon, même si un tel interrogatoire avait eu lieu, les déclarations que ce témoin avait déjà faites à deux reprises pouvaient s'avérer très pertinentes à la défense.

Quant au point b), l'avocat de la défense est en droit de savoir si le témoin qu'il cite fera une déposition qui aidera la défense ou si cette déposition lui sera défavorable, d'où la nécessité de demander à le contre-interroger concernant une déclaration antérieure incompatible. Dans ce dernier cas, on empêche généralement l'atmosphère du procès et tout ce qu'on peut réussir à faire est d'attaquer ou de détruire la crédibilité du témoin. Voir les arrêts *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588, et *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272, aux pp. 277 et 278. Devant cette perspective, la plupart des avocats choisiraient vraisemblablement de ne pas citer le témoin, ce qui met en cause le droit de présenter une défense pleine et entière.

What are the legal consequences flowing from the failure to disclose? In my opinion, when a court of appeal is called upon to review a failure to disclose, it must consider whether such failure impaired the right to make full answer and defence. This in turn depends on the nature of the information withheld and whether it might have affected the outcome. As McLachlin J. put it in *R. v. C. (M.H.)*, *supra*, at p. 776:

Had counsel for the appellant been aware of this statement, he might well have decided to use it in support of the defence that the evidence of the complainant was a fabrication. In my view, that evidence could conceivably have affected the jury's conclusions on the only real issue, the respective credibility of the complainant and the appellant.

In this case, we are told that the witness gave evidence at the preliminary hearing favourable to the defence. The subsequent statements were not produced and therefore we have no indication from the trial judge as to whether they were favourable or unfavourable. Examination of the statements, which were tendered as fresh evidence in this Court, should be carried out at trial so that counsel for the defence, in the context of the issues in the case and the other evidence, can explain what use might be made of them by the defence. In the circumstances, we must assume that non-production of the statements was an important factor in the decision not to call the witness. The absence of this evidence might very well have affected the outcome.

Accordingly, I would allow the appeal and direct a new trial at which the statements should be produced.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Code Hunter, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Calgary.

Quelles sont les conséquences juridiques de l'omission de divulguer? À mon avis, quand un tribunal d'appel est appelé à examiner une telle omission de divulguer, il doit se demander si l'omission a porté atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière. Or, la réponse tient à la nature des renseignements non divulgués et à la question de savoir s'ils auraient pu influencer sur l'issue du litige. Comme l'affirme le juge McLachlin, dans l'arrêt *R. c. C. (M.H.)* précité, à la p. 776:

Si l'avocat de l'appellant avait connu l'existence de cette déclaration, il aurait bien pu décider de l'utiliser à l'appui du moyen de défense selon lequel le témoignage de la plaignante était fabriqué. À mon avis, il est concevable que cette preuve aurait pu avoir des répercussions sur les conclusions du jury sur la seule vraie question, la crédibilité respective de la plaignante et de l'appellant.

En l'espèce, on nous dit que le témoin a fait, à l'enquête préliminaire, une déposition favorable à la défense. Les déclarations subséquentes n'ont pas été produites en preuve, de sorte que le juge du procès n'a pas indiqué si elles étaient favorables ou non. L'examen des déclarations, produites comme nouvelle preuve devant nous, doit s'effectuer au procès afin que l'avocat de la défense puisse expliquer, dans le contexte des questions en litige en l'espèce et des autres éléments de preuve, l'usage que la défense pourrait en faire. Dans les circonstances, il faut supposer que la non-production des déclarations a joué un rôle important dans la décision de ne pas citer le témoin. Il se pourrait très bien que l'absence de cette preuve ait influé sur l'issue du procès.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès au cours duquel les déclarations en cause devraient être produites.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appellant: Code Hunter, Calgary.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Calgary.