

**Santokh Singh Khela and Kashmir Singh
Dhillon** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KHELA

File No.: 24265.

1995: May 24; 1995: November 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Criminal law — Evidence — Crown's obligation to make disclosure to defence — Crown ordered on appeal to disclose information as to the evidence to be given by police informer, to give his name and whereabouts and to provide opportunity to examine him — Disclosure to be made before second trial — Examination aborted owing to doubts as to identity of hooded witness — Other information not disclosed — Stay granted at opening of new trial because of lack of disclosure and undue delay — Stay quashed on appeal and new trial ordered — Disclosure principles to be applied.

Appellants at trial tried unsuccessfully to subpoena Billy Joe, a police informer (but not a police officer), who was key to the defence theory but the trial judge ruled that his name was privileged. The Court of Appeal ordered that a new trial be held and that the Crown disclose the evidence of the informer before the trial, give his full name and whereabouts and provide an opportunity to examine him before the new trial. Appellants' counsel sought to interview Billy Joe before the second trial and were informed by the Crown that the questioning would be limited to specific matters described in the Court of Appeal's decision, that the interview could not be taped and that a court reporter could not be present. Appellants aborted the interview because they doubted the identity of the hooded man protected by private bodyguards who was presented at the interview. The Crown did not provide the defence with the name, address or any identifying features of Billy Joe and made no disclosure of Billy Joe's proposed testimony

**Santokh Singh Khela et Kashmir Singh
Dhillon** *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. KHELA

N° du greffe: 24265.

1995: 24 mai; 1995: 16 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Obligation du ministère public de communiquer la preuve à la défense — En appel, le ministère public a reçu l'ordre de communiquer des renseignements sur la preuve devant être présentée par un indicateur, de fournir le nom et les coordonnées de cet indicateur et de donner à la défense l'occasion de l'interroger — Communication devant avoir lieu avant le deuxième procès — Échec de l'interrogatoire à cause de doutes relatifs à l'identité du témoin encagoulé — Autres renseignements non communiqués — Arrêt des procédures accordé au début du nouveau procès à cause de l'omission de communiquer et du délai déraisonnable — Arrêt des procédures annulé et nouveau procès ordonné en appel — Principes applicables en matière de communication de la preuve.

Au procès, les appelants ont tenté sans succès d'assigner à témoigner un indicateur de police, «Billy Joe», témoin important pour la théorie de la défense; le juge du procès a statué que le nom de l'indicateur était un renseignement privilégié. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès et ordonné au ministère public de communiquer, avant le procès, la preuve rapportée par l'indicateur ainsi que son nom au complet et ses coordonnées, et de permettre aux appelants de le rencontrer. Avant la tenue du deuxième procès, les avocats des appelants ont demandé à interroger Billy Joe; le ministère public les a informés que leurs questions se limiteraient aux points spécifiés dans l'arrêt de la Cour d'appel et que l'interrogatoire ne pourrait être ni enregistré ni consigné par un sténographe judiciaire. Les appelants ont mis fin à l'entrevue parce qu'ils doutaient de l'identité de l'homme encagoulé venu à l'entrevue protégé par des gardes du corps. Le ministère public n'a communiqué à la défense ni le nom ni l'adresse ni aucun autre

but the Crown did provide a copy of Billy Joe's criminal record which had been censored in order to disguise his identity. At the opening of the second trial, and before the jury was chosen, the appellants successfully applied for a judicial stay of proceedings, pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, on the grounds that the Crown had failed to disclose essential and relevant evidence and that the Crown had violated the appellants' rights to be tried within a reasonable time. The Crown appealed and the stay was quashed and a new trial ordered on the original charges. The trial judge at that new trial was to rule on the extent and timing of disclosure in relation to Billy Joe's evidence. This appeal arose as of right on a question of law alone as the Court of Appeal decision had reversed an acquittal (the stay). At issue is the proper application of the principles set out in *R. v. Stinchcombe* involving disclosure of the identity of the Crown informant.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Sopinka, La Forest, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The appeal based on non-compliance with the Court of Appeal (No. 1) disclosure order should be allowed. The ground based on unreasonable delay, however, failed for the reasons given by Baudouin J.A. in the second appeal.

The issue of privilege, since it was decided by the Court of Appeal (No. 1), was not open to the Court of Appeal (No. 2) and was not open to the Crown in this appeal. Where new evidence which may warrant a change in the terms of the Crown's obligation to disclose comes into the possession of the Crown, the appropriate procedure is an application to the trial judge to vary. The trial judge has a discretion to vary an order for disclosure on the basis of evidence which establishes that the factual foundation upon which the order was based has changed. Such an application should be made at the earliest opportunity. Difficulties in compliance with disclosure orders should be resolved by application to vary disclosure obligations rather than by non-compliance followed by an attempt at *ex post facto* justification on the basis of alleged new circumstances.

renseignement sur l'identité de Billy Joe, ni non plus la teneur du témoignage que ce dernier se proposait de donner; cependant, il a remis une copie du casier judiciaire de Billy Joe sur laquelle étaient biffés des renseignements afin de dissimuler son identité. Au début du deuxième procès et avant la sélection du jury, les appelants ont demandé et obtenu, en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, un arrêt des procédures fondé sur le défaut du ministère public de communiquer à la défense des éléments de preuve essentiels et pertinents et l'atteinte au droit des appelants d'être jugés dans un délai raisonnable. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, annulé l'arrêt des procédures et ordonné un nouveau procès sur les accusations initiales. Au nouveau procès, le juge devait se prononcer sur l'étendue et le moment de la communication de la preuve qu'était censé présenter Billy Joe. Le pourvoi est interjeté de plein droit sur une question de droit seulement puisque la Cour d'appel a infirmé un acquittement (l'arrêt des procédures) et porte sur l'application des principes formulés dans *R. c. Stinchcombe* relativement à la divulgation de l'identité d'un indicateur du ministère public.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Sopinka, La Forest, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Le pourvoi fondé sur l'inobservation de l'ordonnance de communication (n° 1) rendue par la Cour d'appel est accueilli. Le moyen fondé sur le délai déraisonnable est rejeté pour les motifs formulés par le juge Baudouin dans le deuxième appel.

La question du privilège, tranchée par la Cour d'appel (n° 1), n'était pas soumise à la Cour d'appel (n° 2) et ne pouvait pas être soulevée par le ministère public dans le présent pourvoi. Lorsque le ministère public entre en possession de nouveaux éléments de preuve susceptibles de justifier la modification des conditions de l'obligation qui lui incombe en matière de communication de la preuve, c'est une demande de modification qu'il convient de présenter au juge du procès. Ce dernier a le pouvoir discrétionnaire de modifier une ordonnance de communication de la preuve sur la foi d'éléments de preuve établissant qu'il s'est produit un changement dans les faits sur lesquels était fondée l'ordonnance. Une telle demande devrait être présentée à la première occasion. Les difficultés de se conformer à une ordonnance de communication devraient être résolues par une demande de modification des obligations de communication, plutôt que par leur inobservation et une tentative de justification après coup fondée sur l'existence de faits nouveaux.

No appeal was taken from the judgment of the Court of Appeal (No. 1) and no proceedings were brought before the trial judge to vary it. Accordingly, it was binding in accordance with its terms and could not be collaterally attacked. No application was made in this Court to adduce fresh evidence respecting the possible jeopardy to Billy Joe's safety and no application was made to second trial judge to vary the terms of disclosure based on this evidence.

The judgment in Court of Appeal (No. 1) was sufficiently precise to describe the extent and timing of the disclosure obligation of the Crown in relation to Billy Joe. Although only Billy Joe's evidence was explicitly required to be disclosed "before trial", it was implicit from other portions of the judgment that the timing as to disclosure of the other two requirements was also to be "before trial". Identity and whereabouts are material to the ability of the defence to make full answer and defence and therefore had to be disclosed prior to trial. Although the Crown had some discretion as to exactly when disclosure would be made prior to trial, such disclosure had to be within sufficient time to enable the appellants to make full answer and defence.

The Crown's discretion with respect to the timing of disclosure existed before judicial review of the exercise of that discretion. It did not continue after its exercise was reviewed by the Court of Appeal (No. 1) and a ruling was made. Otherwise, this would permit the Crown to disregard a judicial determination that disclosure has to be made and that information is not subject to informer privilege.

The Crown totally failed to make full disclosure prior to trial in relation to Billy Joe as required by Court of Appeal (No. 1)'s decision. The Crown did not provide (1) will-say or statements of the informer prior to trial, (2) Billy Joe's full, real name, and his whereabouts, or (3) suitable conditions to interview him. The circumstances of the interview, however, were dictated by the informant Billy Joe and not by the Crown. Where there is intervening non-disclosure by the informant, the lack of cooperation could not be attributed vicariously to the Crown. The conditions under which the Crown made the informant available (hooded and with two bodyguards and with no chance to record the interview),

La décision (n° 1) de la Cour d'appel n'a fait l'objet d'aucun pourvoi et aucune demande n'a été présentée au juge du procès pour qu'il la modifie. Elle était donc exécutoire, suivant les conditions y figurant, et ne pouvait être contestée indirectement. On n'a pas présenté à notre Cour de demande de dépôt de nouveaux éléments de preuve tendant à indiquer que la sécurité de Billy Joe était menacée, et on n'a pas demandé au juge du deuxième procès de modifier les conditions de la communication de la preuve en fonction de ces nouveaux éléments.

La décision (n° 1) de la Cour d'appel était suffisamment précise pour déterminer l'étendue et le moment de l'obligation du ministère public en matière de communication de la preuve relative à Billy Joe. Même si la décision dit explicitement que seule la preuve qu'allait rapporter Billy Joe devait être communiquée «avant le procès», il ressort implicitement des autres parties des motifs que les deux autres conditions devaient aussi être exécutées «avant le procès». L'identité du témoin et ses coordonnées sont des éléments importants pour permettre une défense pleine et entière, et devaient donc être communiqués avant le procès. Même si le ministère public avait une certaine latitude pour décider du moment précis de la communication de la preuve avant le procès, cette communication devait laisser suffisamment de temps pour permettre aux appelants de présenter une défense pleine et entière.

Le pouvoir discrétionnaire du ministère public de déterminer le moment où il communiquera la preuve à la défense existait avant le contrôle judiciaire de l'exercice de ce pouvoir. Il a cessé d'exister après que la Cour d'appel (n° 1) eut examiné l'exercice qui en avait été fait et eut rendu sa décision. Si ce n'était pas le cas, le ministère public pourrait faire fi de la décision d'un tribunal lui intimant de communiquer des éléments de preuve et concluant que les renseignements ne sont pas visés par le privilège relatif aux indicateurs.

Le ministère public a omis de communiquer avant le procès tous les renseignements concernant Billy Joe requis par la décision (n° 1) de la Cour d'appel. Le ministère public n'a pas fourni (1) avant le procès, un aperçu du témoignage ou des déclarations de l'indicateur; (2) le véritable nom au complet de Billy Joe et ses coordonnées, et (3) des conditions convenables pour l'interroger. Cependant, les conditions de la rencontre étaient dictées par l'indicateur Billy Joe, et non par le ministère public. Dans les cas où il y a non-communication du fait de l'indicateur, on ne peut imputer indirectement au ministère public ce manque de coopération. Les conditions auxquelles le ministère public a permis à la

however, were so constrained as to amount to less than full disclosure. Defence counsel could not be faulted for not conducting an interview of the person presented when his identity was legitimately in doubt.

Failure to comply with the obligation to disclose by the Crown could impair the right of the accused to make full answer and defence in breach of s. 7 of the *Charter*. The terms of disclosure accord with the decision in *Stinchcombe* except that in ordering that the informant be made available the judgment is an extension of obligation resting on the Crown. The obligation of the Crown does not extend to producing its witnesses for oral discovery. Crown witnesses, even informants, are not the property of the Crown whom the Crown can control and produce for examination by the defence. Nevertheless, subject to variation by appropriate proceedings, the Court of Appeal (No. 1)'s judgment was binding on the Crown. The matter could not be remitted to the trial judge to determine *de novo* the terms, content, and conditions of disclosure relating to Billy Joe.

It would not be appropriate to stay the proceedings without affording the Crown an opportunity to either comply with the terms of the judgment of the Court of Appeal (No. 1) or move to vary it on the basis of information that has come into its possession since the date of the judgment.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The disclosure "order" could not be implied from the terms of the judgment. The relevant portions of the judgment merely characterized the error made at trial in order to provide guidance to the trial judge for the new trial ordered. Absent a specific order by the court, such guidelines have never been regarded as binding on either the trial judge or the parties.

The Court of Appeal (No. 1) remitted the whole issue to the trial judge to be dealt with at the new trial in a manner consistent with its decision. Given the appellants' contention, and perhaps the Crown's perception, that the Court of Appeal (No. 1) had made an "order" that the Crown had to obey, steps were taken by the Crown to comply with the demands of the defence inasmuch as the circumstances required to ensure the protec-

défense de rencontrer l'indicateur (l'indicateur était encagoulé et accompagné de deux gardes du corps, et il était impossible d'enregistrer l'interrogatoire) étaient tellement restrictives qu'elles ont donné lieu à une communication incomplète de la preuve. On ne peut reprocher aux avocats de la défense de ne pas avoir interrogé la personne présentée dont l'identité pouvait légitimement être mise en doute.

L'omission du ministère public de s'acquitter de son obligation de communiquer la preuve pouvait porter atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et violer l'art. 7 de la *Charte*. Les conditions de la communication de la preuve sont compatibles avec l'arrêt *Stinchcombe*, sauf que l'ordre de produire l'indicateur a pour effet d'élargir l'obligation qui incombe au ministère public. L'obligation du ministère public ne va pas jusqu'à être contraint de produire ses témoins pour un interrogatoire préalable oral. Les témoins à charge, même les indicateurs, ne sont pas des biens que le ministère public possède, contrôle et peut produire pour qu'ils soient interrogés par la défense. Néanmoins, sous réserve de modification par la procédure appropriée, la décision (n° 1) de la Cour d'appel liait le ministère public. L'affaire ne pouvait être renvoyée au juge du procès pour qu'il fixe à nouveau les conditions et le contenu de la communication de la preuve concernant Billy Joe.

On ne devrait pas prononcer l'arrêt des procédures sans donner au ministère public la possibilité soit de se conformer aux conditions fixées dans la décision (n° 1) de la Cour d'appel, soit de demander la modification de ces conditions sur la foi de renseignements venus à sa connaissance depuis la date de la décision.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissident): On ne peut inférer du libellé du jugement une «ordonnance» de communication de la preuve. Les passages du jugement ne font que caractériser l'erreur commise au procès afin de donner des indications au juge lorsqu'un nouveau procès est ordonné. En l'absence d'ordonnance spécifique du tribunal d'appel, de telles lignes directrices n'ont jamais été considérées comme liant le juge de première instance ou les parties.

La Cour d'appel (n° 1) a renvoyé l'ensemble de la question au juge de première instance pour qu'elle soit examinée dans le cadre du nouveau procès, conformément aux conditions prévues par sa décision. Vu la prétention des appelants, et peut-être l'impression qu'avait le ministère public, que la Cour d'appel avait rendu une «ordonnance» à laquelle le ministère public n'avait d'autre choix que d'obtempérer, celui-ci a pris, afin de

tion and security of the informer. As the Court of Appeal (No. 2) held, however, the judgment of the Court of Appeal (No. 1) was not binding on either the trial judge or the parties as regards the content of disclosure and, as a consequence, it will be for the trial judge to reconsider this issue. Consequently, this issue was to be reconsidered by the trial judge in light of all relevant circumstances.

The matter of disclosure could have been dealt with in two ways at the second trial: either the Crown could have made an application to the trial judge to set conditions for further disclosure of information concerning the informer had such disclosure been found necessary, or the defence, if not satisfied by the extent of the disclosure, could have applied to the trial judge to order the Crown to disclose even further information regarding the same. In both cases, the need to protect the identity of the police informer and other circumstances related to the disclosure order would have been dealt with.

Had the judgment of the Court of Appeal (No. 1) been construed as an "order" to produce the police informer, it would have gone much beyond *Stinchcombe*. The Crown can only be ordered to produce what it has and it does not "have" people; the majority was agreed with in this respect.

The majority was also agreed with that no unreasonable delay occurred in the circumstances of this case.

A stay of proceedings should not have been granted but the Court of Appeal (No. 2)'s order of a new trial should be upheld and the question of the extent of disclosure should be directed to the trial judge.

Cases Cited

By Sopinka and Iacobucci JJ.

Referred to: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326.

se conformer dans les circonstances aux demandes de la défense, des mesures lui permettant d'assurer la protection et la sécurité de l'indicateur. La décision (n° 2) de la Cour d'appel indiquait que la décision (n° 1) de la Cour d'appel ne liait ni le juge de première instance ni les parties quant au contenu de la communication et, en conséquence, le juge de première instance devrait réexaminer cette question à la lumière de toutes les circonstances pertinentes.

La question de la communication de la preuve aurait pu être réglée de deux manières au second procès: le ministère public aurait pu demander au juge du procès de fixer les conditions de la communication de tout autre renseignement concernant l'indicateur, si une telle communication avait été jugée nécessaire; ou la défense aurait pu, si elle n'était pas satisfaite de l'étendue de la communication, demander au juge du procès d'enjoindre au ministère public de communiquer davantage de renseignements sur cet indicateur. Dans les deux cas, la nécessité de protéger l'identité de l'indicateur et toute autre circonstance liée à l'ordonnance de communication auraient été examinées.

Si la décision (n° 1) de la Cour d'appel avait été interprétée comme une «ordonnance» intimant de produire l'indicateur, elle serait allée beaucoup plus loin que ce que prévoit l'arrêt *Stinchcombe*. On peut uniquement ordonner au ministère public de produire ce qu'il «possède», et il ne «possède» pas des personnes; à cet égard, l'opinion de la majorité est partagée.

L'opinion de la majorité est également acceptée en ce qui concerne la conclusion qu'il n'y a pas eu de délai déraisonnable dans les circonstances de l'espèce.

L'arrêt des procédures n'aurait pas dû être accordé mais l'ordonnance de la Cour d'appel (n° 2) relativement à la tenue d'un nouveau procès devrait être confirmée et la question de l'étendue de la communication de la preuve devrait être renvoyée au juge du procès.

Jurisprudence

Citée par les juges Sopinka et Iacobucci

Arrêts mentionnés: *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b), 24(1).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 691(2)(a) [rep. & sub. S.C. 1991, c. 43, s. 9], 695(1).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1994] 63 Q.A.C. 273, 92 C.C.C. (3d) 81, quashing a judgment and dismissing a request to stay proceedings on allowing an appeal from a judgment of Steinberg J., [1992] Q.J. No. 409, held following a judgment of the Court of Appeal (1991), 41 Q.A.C. 101, 68 C.C.C. (3d) 81, 9 C.R. (4th) 380, ordering a new trial on allowing an appeal from a judgment of Barrette-Joncas J. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

David W. Gibbons, Q.C., for the appellant Santokh Singh Khela.

Clayton C. Ruby, for the appellant Kashmir Singh Dhillon.

Pierre Sauvé, for the respondent.

The judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(b), 24(1).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(2)(a) [abr. et rempl. L.C. 1991, ch. 43, art. 9], 695(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1994] 63 Q.A.C. 273, 92 C.C.C. (3d) 81, qui a annulé un jugement et rejeté une demande d'arrêt des procédures en accueillant un appel contre une décision du juge Steinberg, [1992] Q.J. No. 409, entendu à la suite d'un arrêt de la Cour d'appel (1991), 41 Q.A.C. 101, 68 C.C.C. (3d) 81, 9 C.R. (4th) 380, qui avait ordonné la tenue d'un nouveau procès en accueillant un appel contre une décision du juge Barrette-Joncas. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

David W. Gibbons, c.r., pour l'appellant Santokh Singh Khela.

Clayton C. Ruby, pour l'appelant Kashmir Singh Dhillon.

Pierre Sauvé, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LES JUGES SOPINKA ET IACOBUCCI — Le présent pourvoi porte sur l'application aux circonstances particulières de l'espèce, qui concerne la divulgation de l'identité d'un indicateur du ministère public, des principes relatifs à la communication de la preuve par le ministère public formulés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

I. Facts

The appellants, Khela and Dhillon, were charged in relation to a conspiracy in late May 1986 to commit murder of persons aboard an aircraft in the United States by placing a bomb on the plane. They were arrested and placed in custody on May 30, 1986, and have been in continuous custody since then. They pleaded not guilty and waived their right to a preliminary inquiry.

I. Les faits

Vers la fin de mai 1986, les appelants, Khela et Dhillon, ont été accusés d'avoir comploté en vue de commettre le meurtre de personnes se trouvant à bord d'un aéronef aux États-Unis, en plaçant une bombe dans l'appareil. Ils ont été arrêtés le 30 mai 1986 et ils sont en détention depuis. Ils ont plaidé non coupables et ont renoncé à leur droit à une enquête préliminaire.

At their first trial, on December 23, 1986, the appellants were found guilty of all three counts of conspiracy by a jury but a conviction was only registered with respect to the first count. The appellants were sentenced to life imprisonment. During the trial, the appellants had twice tried unsuccessfully to subpoena a police informer, "Billy Joe" (who was not a police officer), to have his testimony heard. The trial judge refused, however, holding that the name of the informer was privileged. Billy Joe was a crucial contact person during the investigation of the appellants by the undercover police officers. The defence was that discussions had taken place between the appellant, Khela, and Billy Joe, and \$8000 had been paid to Billy Joe to buy a stolen car, as part of a conspiracy between Billy Joe and Khela to import stolen vehicles into the United States. A total amount of \$20,000 would be paid, and \$8000 of this amount had already been paid to Billy Joe. The Crown's theory was that the money had been paid to have an airplane blown up.

The appellants' appeal (notice of appeal filed January 20, 1987) was allowed by the Court of Appeal (No. 1) ((1991), 68 C.C.C. (3d) 81) on September 9, 1991, and a new trial was ordered. Proulx J.A., writing for the court, held that the identity of the police informer was not privileged, should have been disclosed, and ordered a new trial. Proulx J.A. concluded as follows, at p. 93:

For these reasons, I am of the opinion that the trial judge erred in not ordering at the request of the appellants that the Crown disclose, (1) the evidence of the informer before the trial; (2) the full name and whereabouts of Billy Joe, and (3) that the Crown makes Billy Joe available to the appellants. [Emphasis added.]

Before the second trial, in February 1992, appellants' counsel sought to interview Billy Joe. They were informed by the Crown that he would be made available, but that questioning would be lim-

Au cours de leur premier procès, le 23 décembre 1986, les appelants ont été déclarés coupables, par un jury, de trois chefs d'accusation de complot, mais la déclaration de culpabilité n'a été inscrite qu'à l'égard du premier chef. Les appelants ont été condamnés à l'emprisonnement à perpétuité. Au cours du procès, les appelants avaient tenté à deux reprises, mais sans succès, d'assigner à témoigner un indicateur de la police, «Billy Joe» (qui n'était pas un agent de police). Cependant, le juge de première instance a refusé, concluant que le nom de l'indicateur était un renseignement privilégié. Billy Joe avait été un contact essentiel au cours de l'enquête visant les appelants qu'avaient menée les agents d'infiltration. En défense, on a prétendu qu'il y avait eu des discussions entre l'appelant Khela et Billy Joe, et qu'une somme de 8 000 \$ avait été payée à ce dernier pour qu'il achète une automobile volée, dans le cadre d'un complot entre lui et Khela en vue de l'importation, aux États-Unis, de véhicules volés. Une somme totale de 20 000 \$ devait être versée, dont 8 000 \$ avaient déjà été payés à Billy Joe. La thèse du ministère public était que l'argent avait été versé pour qu'on fasse sauter un aéronef.

Le 9 septembre 1991, la Cour d'appel (appel n° 1) ((1991), 68 C.C.C. (3d) 81) a accueilli l'appel interjeté par les appelants (avis d'appel déposé le 20 janvier 1987), et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge Proulx, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, a conclu que l'identité de l'indicateur de la police n'était pas un renseignement privilégié et qu'elle aurait dû être divulguée, et il a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge Proulx a conclu par ce qui suit, à la p. 93:

[TRADUCTION] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que le juge du procès a fait erreur en refusant d'accéder à la demande des appelants et d'ordonner au ministère public, (1) de communiquer, avant le procès, la preuve rapportée par l'indicateur; (2) de communiquer le nom au complet de Billy Joe et ses coordonnées, et (3) de permettre aux appelants de rencontrer Billy Joe. [Nous soulignons.]

En février 1992, avant la tenue du deuxième procès, les avocats des appelants ont demandé à interroger Billy Joe. Le ministère public les a informés qu'ils pourraient le faire, mais que leurs

ited to the specific matters described in the Court of Appeal's decision (regarding payment of \$8000, and meetings with the "explosives expert" and Khela), and that the interview could neither be taped nor could a court reporter be present. At the interview on February 27, 1992, at the Crown offices of the Montreal court house, they met a recalcitrant "Billy Joe" wearing a hood over his head and flanked by two large men (apparently bodyguards) who were identified only as not being police officers by the Crown who was present at the interview. "Billy Joe" refused to respond to questions in English, only speaking French, although at the first trial, evidence had established that Billy Joe was fluent in English. Defence counsel doubted Billy Joe's identity and the interview was aborted without any questions having been asked. The Crown also provided a copy of Billy Joe's criminal record with deletions of dates and places to disguise his identity. The Crown did not provide the defence with the name, address, or any other identifying features of Billy Joe, nor did the Crown provide disclosure of Billy Joe's proposed testimony.

questions devraient se limiter aux points spécifiés dans l'arrêt de la Cour d'appel (le paiement de 8 000 \$ et les rencontres entre l'«expert en explosifs» et Khela), et que l'interrogatoire ne pourrait pas être enregistré sur bande audio ni consigné par un sténographe judiciaire. Au cours de l'interrogatoire en question, qui s'est déroulé le 27 février 1992, aux bureaux du ministère public au palais de justice de Montréal, les avocats des appelants ont rencontré un «Billy Joe» récalcitrant, encagoulé et flanqué de deux armoires à glace (apparemment des gardes du corps), individus au sujet desquels le représentant du ministère public présent s'est contenté de dire qu'il ne s'agissait pas de policiers. «Billy Joe» a refusé de répondre en anglais aux questions et il a parlé uniquement en français, même si, au cours du premier procès, on avait établi que Billy Joe parlait couramment l'anglais. Les avocats de la défense ont mis en doute l'identité de Billy Joe et la rencontre a pris fin sans qu'aucune question ne lui ait été posée. Le ministère public a également remis une copie du casier judiciaire de Billy Joe, copie sur laquelle on avait biffé les dates et les lieux y mentionnés, afin de dissimuler l'identité de Billy Joe. Le ministère public n'a pas communiqué à la défense le nom, l'adresse ou quelque autre renseignement relatif à l'identité de Billy Joe, non plus que le témoignage que ce dernier se proposait de donner.

6 At the opening of the second trial on March 10, 1992 ([1992] Q.J. No. 409) and before the jury was chosen, the appellants made two applications for a judicial stay of proceedings pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the grounds that:

- (1) The Crown failed to disclose to the defence essential and relevant evidence as required by the judgment of the Court of Appeal; and
- (2) The Crown violated the rights of the accused to be tried within a reasonable time

The evidence in support of these applications included two affidavits sworn by Dhillon's counsel, which included as exhibits a series of letters written by Crown and defence counsel regarding

Dès le début du deuxième procès, le 10 mars 1992 ([1992] Q.J. No. 409), mais avant la sélection du jury, les appelants ont, en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, présenté deux demandes d'arrêt des procédures, fondées sur les moyens suivants:

[TRADUCTION]

- (1) Le ministère public ne s'est pas conformé à la décision de la Cour d'appel et avait omis de communiquer à la défense des éléments de preuve essentiels et pertinents;
- (2) Le ministère public a porté atteinte au droit des appelants d'être jugés dans un délai raisonnable.

Parmi les éléments de preuve présentés au soutien de ces demandes, il y avait deux déclarations sous serment de l'avocat de Dhillon, auxquelles étaient jointes, à titre de pièces, une série de lettres échan-

the history of the matter, and the nature and extent of disclosure made with respect to Billy Joe. The Crown submitted that it was not obliged to make disclosure of the name and whereabouts of Billy Joe or make him available because the judgment of the Court of Appeal did not contain a specific order.

Steinberg J. of the Superior Court held that the appellants' ss. 7 and 11(b) *Charter* rights had been infringed. He accordingly entered a stay of proceedings pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, and ordered the release of the appellants. The Quebec Court of Appeal ((1994), 92 C.C.C. (3d) 81) allowed the Crown's subsequent appeal, quashed the stay of proceedings, and ordered a new trial on the original charges, at which new trial the trial judge would have to rule on the extent and timing of disclosure in relation to Billy Joe's evidence. This appeal thus reaches this Court as an appeal as of right, falling under s. 691(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as an appeal on a question of law alone from a court of appeal decision reversing an acquittal (a stay being tantamount to an acquittal): *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594.

II. Analysis

The order for a stay was supported on two grounds: unreasonable delay and Crown non-disclosure. With respect to the first ground we agree with Baudouin J.A. in the Court of Appeal that this ground fails.

The second ground relates to non-compliance with the decision of Proulx J.A. who wrote on behalf of the court. That decision preceded this Court's judgment in *Stinchcombe*, *supra*, but, subject to the reservation which we express later in these reasons with respect to the third requirement,

gées par le substitut du procureur général et les avocats de la défense concernant l'évolution du dossier ainsi que la nature et l'étendue de la communication de la preuve touchant Billy Joe. Le ministère public était d'avis qu'il n'était pas obligé de communiquer les nom et coordonnées de Billy Joe ou de permettre à la défense de le rencontrer, étant donné que la décision de la Cour d'appel ne comportait pas d'ordonnance lui intimant expressément de le faire.

Le juge Steinberg de la Cour supérieure a conclu qu'il y avait eu violation des droits garantis aux appelants par l'art. 7 et l'al. 11b) de la *Charte*. Il a, en conséquence, ordonné l'arrêt des procédures en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ainsi que la libération des appelants. La Cour d'appel du Québec ((1994), 92 C.C.C. (3d) 81) a par la suite accueilli l'appel interjeté par le ministère public, annulé l'arrêt des procédures et ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement aux accusations initiales, procès au cours duquel le juge de première instance aurait à se prononcer sur l'étendue et le moment de la communication de la preuve qu'était censé présenter Billy Joe. En vertu de l'al. 691(2)a) du *Code Criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, la Cour est saisie de plein droit du présent pourvoi, qui porte sur une question de droit seulement et vise la décision d'une cour d'appel ayant infirmé un acquittement (l'arrêt des procédures équivalant à un acquittement): *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594.

II. Analyse

L'ordonnance intimant l'arrêt des procédures était fondée sur deux motifs: l'existence d'un délai déraisonnable et la non-communication de la preuve par le ministère public. Pour ce qui est du premier motif, nous souscrivons à l'opinion du juge Baudouin de la Cour d'appel que ce motif doit être rejeté.

Le deuxième motif se rapporte à l'inobservation de la décision du juge Proulx, qui s'est exprimé au nom de la Cour d'appel. Même si cette décision est antérieure à l'arrêt *Stinchcombe*, précité, de notre Cour, elle est néanmoins conforme aux principes exprimés dans cet arrêt, compte tenu de la réserve

the decision accords with principles expressed in *Stinchcombe*. No appeal was taken or sought to be taken from that judgment of the Court of Appeal nor were any proceedings brought before the trial judge to vary it. Accordingly, it was binding in accordance with its terms and cannot now be collaterally attacked.

10 In the Court of Appeal (No. 2) and in this Court, the Crown sought to reopen the issue of privilege relating to the identity of Billy Joe. Baudouin J.A. in his judgment apparently regarded all issues relating to disclosure, including the application of the judgment of Proulx J.A., as being open. The issue of privilege having been decided by the Court of Appeal (No. 1) was not open to the Court of Appeal (No. 2) and is not open to the Crown in this appeal. The Crown alluded to evidence that has come into its possession tending to show that the safety of Billy Joe is in jeopardy. It is not clear as to when this information came into the Crown's possession. The Crown referred to this information but no application was made in this Court to adduce fresh evidence and no application was made to Steinberg J. to vary the terms of disclosure based on this evidence. This is insufficient to warrant reopening the issue of privilege in this Court. Where new evidence which may warrant a change in the terms of the Crown's obligation to disclose comes into the possession of the Crown, the appropriate procedure is an application to the trial judge to vary. The trial judge has a discretion to vary an order for disclosure on the basis of evidence which establishes that the factual foundation upon which the order was based has changed. Such an application should be made at the earliest opportunity. Difficulties in compliance with disclosure orders should be resolved by application to vary disclosure obligations rather than by non-compliance followed by an attempt at *ex post facto*

que nous exprimons plus loin, dans les présents motifs, relativement à la troisième condition prévue par la décision. De plus, cette décision n'a fait l'objet d'aucun pourvoi ou demande de pourvoi, et aucune demande n'a été présentée au juge du procès pour qu'il la modifie. En conséquence, elle était exécutoire, suivant les conditions y figurant, et elle ne peut pas, maintenant, être contestée indirectement.

Tant devant la Cour d'appel (appel n° 2) que devant notre Cour, le ministère public a cherché à faire réexaminer la question du privilège relatif à l'identité de Billy Joe. Dans ses motifs, le juge Baudouin a apparemment considéré que toutes les questions relatives à la communication de la preuve, y compris l'exécution de la décision du juge Proulx, restaient à trancher. Comme la question du privilège a été décidée par la Cour d'appel (appel n° 1), cette dernière (appel n° 2) ne pouvait la réexaminer, pas plus d'ailleurs que ne le peut notre Cour dans le cadre du présent pourvoi. Le ministère public a laissé entendre qu'il était en possession d'éléments de preuve tendant à indiquer que la sécurité de Billy Joe était menacée. On ne sait pas exactement quand cette preuve aurait été portée à la connaissance du ministère public. Ce dernier a fait état de cette information, mais aucune demande n'a été présentée à notre Cour en vue du dépôt de nouveaux éléments de preuve, non plus qu'on a demandé au juge Steinberg de modifier les conditions de la communication de la preuve en fonction de ces nouveaux éléments. Cela ne suffit pas pour justifier le réexamen de la question du privilège devant notre Cour. Lorsque le ministère public entre en possession de nouveaux éléments de preuve susceptibles de justifier la modification des conditions de l'obligation qui lui incombe en matière de communication de la preuve, c'est une demande de modification qu'il convient de présenter au juge du procès. En effet, ce dernier a le pouvoir discrétionnaire de modifier une ordonnance de communication de la preuve sur la foi d'éléments de preuve établissant qu'il s'est produit un changement dans les faits sur lesquels était fondée l'ordonnance en question. Une telle demande doit être présentée à la première occasion. En cas de difficulté de se conformer à

justification on the basis of alleged new circumstances.

The Court of Appeal (No. 2) also held that the record before Steinberg J. on the application prior to the second trial was clearly insufficient to determine whether the Crown had respected its disclosure obligations. Baudouin J.A. appears to have based this primarily on the confusion between Crown and defence counsel and held that the debate had never been resolved based on a full knowledge of the facts.

Resolution of this preliminary question as to the sufficiency of the record before Steinberg J. involves two questions:

- (a) whether Proulx J.A.'s judgment in the Court of Appeal was sufficiently precise to describe the extent and timing of the disclosure obligation of the Crown in relation to Billy Joe; and
- (b) whether the facts as to the extent of actual Crown disclosure in relation to Billy Joe were established at the pre-trial applications before Steinberg J.

Turning to the first question, Proulx J.A.'s judgment in the Court of Appeal (No. 1) held, at p. 92, that Billy Joe was "at the core of the theory of the defence". He was witness to material facts and an *agent provocateur*. Thus, he fell within recognized exceptions to privilege, mandating disclosure of his identity and of his communications. Proulx J.A., at p. 92, identified five issues central to the defence for which Billy Joe's potential evidence

une ordonnance en matière de communication de la preuve, le problème devrait être réglé en présentant une demande de modification des obligations de communication, plutôt qu'en omettant de se conformer à ces obligations et en tentant, après coup, de justifier ce manquement en affirmant que de nouveaux faits seraient survenus.

La Cour d'appel (appel n° 2) a aussi statué que le dossier dont disposait le juge Steinberg relativement à la demande présentée avant le deuxième procès était manifestement insuffisant pour permettre de déterminer si le ministère public avait respecté ses obligations en matière de communication de la preuve. Le juge Baudouin, qui paraît avoir fondé cette conclusion principalement sur la confusion qui a existé entre le ministère public et les avocats de la défense, a conclu que la question n'avait jamais été tranchée en toute connaissance de cause.

Pour résoudre la question préliminaire de savoir si le dossier dont disposait le juge Steinberg était suffisant, il faut répondre aux deux questions suivantes:

- a) La décision du juge Proulx de la Cour d'appel décrivait-elle de façon suffisamment précise et l'étendue de l'obligation de communication de la preuve qui incombait au ministère public relativement à Billy Joe et le moment où il devait s'acquitter de cette obligation?
- b) Les faits relatifs à l'étendue de la communication de la preuve qu'a concrètement faite le ministère public relativement à Billy Joe ont-ils été établis dans le cadre des demandes présentées avant le procès devant le juge Steinberg?

En ce qui concerne la première question, le juge Proulx de la Cour d'appel (n° 1) a conclu, à la p. 92, que Billy Joe était [TRADUCTION] «un élément fondamental de la thèse de la défense». Il était témoin relativement à des faits substantiels en plus d'être un agent provocateur. En conséquence, il était visé par les exceptions reconnues au privilège, exceptions qui commandaient la divulgation de son identité et de ses déclarations. Le juge Proulx a

11

12

13

was relevant: “(1) the nature of the agreement; (2) the lack of agreement; (3) the lack of intent; (4) the issue of entrapment . . . , and (5) . . . credibility”. Proulx J.A. concluded very clearly at p. 93 that there were three elements to the Crown disclosure relating to the informant, Billy Joe:

For these reasons, I am of the opinion that the trial judge erred in not ordering at the request of the appellants that the Crown disclose, (1) the evidence of the informer before the trial; (2) the full name and whereabouts of Billy Joe, and (3) that the Crown makes Billy Joe available to the appellants. [Emphasis added.]

As Steinberg J. noted on the application at the second trial:

... the opinion of Proulx, J., speaking on behalf of a unanimous Court of Appeal, is clear and unequivocal on this issue. The Crown had the obligation to provide the Defense, prior to the commencement of the trial, with the name and whereabouts of “Billy Joe”, so that he could be summoned as a witness and to make him available. [Emphasis added.]

Accordingly, the extent of disclosure was made clear by Proulx J.A.’s reasons. The timing as to this disclosure is also made sufficiently clear. It is true that the first requirement of disclosure in Proulx’s judgment refers to Billy Joe’s evidence being disclosed “before trial”, but the timing as to disclosure of the other two requirements is not stated. Yet, that the other two elements had to be done “before trial” is implicit from the other portions of Proulx J.A.’s reasons. Identity and whereabouts being material to the ability of the defence to make full answer and defence, they had to be disclosed prior to trial. Indeed, the Crown’s attempt to make Billy Joe available at the aborted interview supports this view of the timing of disclosure in Proulx J.A.’s decision. This did, obviously, leave the Crown with some discretion as to the exact point disclosure was made prior to trial,

précisé, à la p. 92, cinq questions fondamentales pour la défense et à l’égard desquelles le témoignage éventuel de Billy Joe était pertinent: [TRADUCTION] «(1) la nature de l’entente; (2) l’absence d’entente; (3) l’absence d’intention; (4) la question de la provocation policière [...] et (5) [...] la crédibilité». Le juge Proulx a très clairement conclu, à la p. 93, que l’obligation du ministère public en matière de communication de la preuve concernant Billy Joe comportait trois éléments:

[TRADUCTION] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis que le juge du procès a fait erreur en refusant d’accéder à la demande des appelants et d’ordonner au ministère public, (1) de communiquer, avant le procès, la preuve rapportée par l’indicateur; (2) de communiquer le nom au complet de Billy Joe et ses coordonnées, et (3) de permettre aux appelants de rencontrer Billy Joe. [Nous soulignons.]

Comme l’a souligné le juge Steinberg relativement à la demande présentée au cours du deuxième procès:

[TRADUCTION] ... l’opinion du juge Proulx, qui exprimait alors la décision unanime de la Cour d’appel, est claire et sans équivoque sur cette question. Le ministère public avait l’obligation, d’une part, de communiquer à la défense, avant le début du procès, les noms et coordonnées de «Billy Joe» pour que celui-ci puisse être assigné à témoigner, et, d’autre part, de permettre à la défense de le rencontrer. [Nous soulignons.]

En conséquence, les motifs du juge Proulx définissent clairement l’étendue de la communication de la preuve. Le moment de cette communication est également indiqué de manière suffisamment claire. Même s’il est vrai que, pour ce qui est de la première condition fixée pour la communication de la preuve, en l’occurrence la preuve qu’allait rapporter Billy Joe, le juge Proulx précise, dans sa décision, que cet élément doit être communiqué «avant le procès», le moment de l’exécution des autres conditions n’est pas indiqué. Cependant, il ressort implicitement des autres parties des motifs du juge Proulx que les deux autres conditions devaient être exécutées «avant le procès». L’identité du témoin et ses coordonnées étant des éléments importants pour permettre une défense pleine et entière, ces renseignements devaient être communiqués avant le procès. De fait, la tentative du ministère public

but such disclosure had to be within sufficient time to enable the appellants to make full answer and defence.

The Crown's discretion with respect to the timing of disclosure, however, exists before judicial review of the exercise of that discretion. Crown discretion did not continue after its exercise was reviewed by the Court of Appeal (No. 1) and a ruling was made. Otherwise, this would permit the Crown to disregard a judicial determination that disclosure has to be made and that information is not subject to informer privilege. Accordingly, the Court of Appeal (No. 2), with respect, erred in finding that the Crown's discretion as to timing and extent of disclosure continued to exist.

With respect to the second aspect of the alleged inadequacy of the factual record before Steinberg J., in our opinion it was sufficient to determine whether the Crown had met its disclosure obligations. That factual record consisted of counsel submissions on the extent of actual disclosure, and an affidavit by one of the defence counsel, Louis Pasquin (counsel for Dhillon), containing exhibits of disclosure correspondence between Crown and defence counsel. The Crown itself admitted in this Court that much of the evidence before Steinberg J. was adduced by consent, without reference to the strict rules of evidence. During the Crown's argument on the application, Steinberg J. noted the

de permettre à la défense de rencontrer Billy Joe au cours de l'interrogatoire avorté appuie cette interprétation concernant le moment de l'exécution de cette condition prévue par la décision du juge Proulx. De toute évidence, même si le ministère public disposait d'une certaine latitude pour décider du moment précis de la communication de la preuve avant le procès, cette communication devait laisser suffisamment de temps pour permettre aux appelants de présenter une défense pleine et entière.

Cependant, le pouvoir discrétionnaire qu'a le ministère public de déterminer à quel moment il communiquera la preuve à la défense existe avant le contrôle judiciaire de la façon dont ce pouvoir a été exercé. Ce pouvoir discrétionnaire du ministère public a cessé d'exister après que la Cour d'appel (appel n° 1) eut examiné l'exercice qui en avait été fait et eut rendu sa décision. Si ce n'était pas le cas, le ministère public pourrait faire fi de la décision d'un tribunal lui intimant de communiquer des éléments de preuve et concluant que les renseignements en question ne sont pas visés par le privilège relatif aux indicateurs. En conséquence, avec égards, la Cour d'appel (appel n° 2) a fait erreur en concluant que le ministère public continuait de jouir d'un pouvoir discrétionnaire quant au moment et à l'étendue de la communication de la preuve.

En ce qui concerne le deuxième aspect, savoir l'insuffisance du dossier factuel dont disposait le juge Steinberg, le dossier était à notre avis suffisant pour permettre de déterminer si le ministère public s'était acquitté de ses obligations en matière de communication de la preuve. Ce dossier renfermait les observations des avocats sur l'étendue de la communication qui avait eu lieu concrètement ainsi qu'un affidavit émanant d'un des avocats de la défense, Louis Pasquin (l'avocat de Dhillon), et auquel étaient jointes, à titre de pièces, des lettres échangées par le ministère public et les avocats de la défense relativement à la communication de la preuve. Le ministère public a lui-même reconnu devant notre Cour qu'une grande partie de la preuve dont disposait le juge Steinberg avait été produite par consentement mutuel des parties,

14

15

reliability of the evidence as follows and implied that credibility was not in issue:

... I have three attorneys, three reputable attorneys who have informed me of what happened at this meeting. They substantially agree on what happened, there's no point in asking them what didn't happen. [Emphasis added.]

indépendamment des règles strictes en matière de preuve. Durant la plaidoirie du ministère public dans le cadre de l'examen de la demande, le juge Steinberg a fait la remarque suivante sur la fiabilité de la preuve et a laissé entendre que la crédibilité n'était pas en litige:

[TRADUCTION] ... j'ai devant moi trois avocats, trois avocats de bonne réputation qui ont relaté ce qui s'est passé au cours de cette rencontre. Ils sont essentiellement d'accord sur ce qui s'est passé, il ne sert à rien de leur demander ce qui ne s'est pas passé. [Nous soulignons.]

16 The record for each of the elements of Proulx J.A.'s disclosure order was as follows:

- (a) It was uncontested that since the first Quebec Court of Appeal judgment, the Crown had not disclosed any additional information about the evidence of Billy Joe.
- (b) It was undisputed that the Crown had never divulged this information nor was it willing to do so.
- (c) It was uncontested that the only access that appellant's counsel had to Billy Joe was the opportunity to ask circumscribed questions without the benefit of a court reporter or recording device while Billy Joe was masked and surrounded by two non-police bodyguards.

Voici quel était l'état du dossier pour chacun des éléments de l'ordonnance de communication de la preuve rendue par le juge Proulx:

- a) il n'était pas contesté que, depuis la première décision de la Cour d'appel, le ministère public n'avait communiqué aucun renseignement additionnel concernant le témoignage de Billy Joe;
- b) il n'était pas contesté que le ministère public n'avait jamais communiqué les renseignements visés et qu'il n'était pas disposé à le faire;
- c) il n'était pas contesté que la seule fois où les avocats des appelants ont rencontré Billy Joe, c'est au cours de l'occasion qui leur a été donnée de lui poser des questions bien précises, sans pouvoir faire consigner la conversation par un sténographe judiciaire ou l'enregistrer sur bande audio; pendant la rencontre, Billy Joe portait une cagoule et était entouré de deux gardes du corps qui n'étaient pas des policiers.

In our view, the record established adequate facts to determine whether there had been disclosure in accordance with the judgment of the Court of Appeal (No. 1).

À notre avis, le dossier faisait état de faits suffisants pour permettre de déterminer s'il y avait eu communication de la preuve conformément aux conditions prévues par la décision de la Cour d'appel (appel n° 1).

17 Based on the above-noted record, it is quite clear that the Crown totally failed to make full disclosure prior to trial in relation to Billy Joe as required by the three elements of Proulx J.A.'s decision. For the first element, the Crown provided no will-say or statements of the informer prior to trial. For the second element, the Crown did not provide Billy Joe's full, real name, and his whereabouts. The final element of Proulx J.A.'s order is

Il ressort très clairement du dossier dont nous venons de parler que le ministère public a omis de communiquer, avant le procès, tous les renseignements concernant Billy Joe requis par les trois éléments de la décision du juge Proulx. Pour ce qui est du premier élément, le ministère public n'a fourni, avant le procès, aucun aperçu du témoignage de l'indicateur et aucune déclaration de celui-ci. Quant au deuxième élément, le ministère

the most problematic. This is because the circumstances of the interview may not have been so much dictated by the Crown, but rather by the informant, Billy Joe, himself. For this aspect of the disclosure, where there is intervening non-disclosure by the informant, it is difficult to attribute the lack of cooperation vicariously to the Crown. The conditions for the interview were apparently dictated by the informant himself. It is true that the conditions under which the Crown made the informant available to the defence were so constrained as to amount to less than full disclosure, i.e., hooded and with two bodyguards, and with no chance to record the interview. Defence counsel, owing to the hood, could not confirm that the individual presented as "Billy Joe" was truly the informer. Defence counsel cannot be faulted for not having conducted an interview of the hooded "Billy Joe" when they had legitimate concerns as to his true identity.

Failure to comply with the obligation to disclose by the Crown could impair the right of the accused to make full answer and defence in breach of s. 7 of the *Charter*. Steinberg J. directed a stay but relied, at least in part, on the ground of unreasonable delay which we find was in error. On the other hand, we find that the Crown is in breach of its obligation to disclose as determined by Proulx J.A. The terms of disclosure accord with the decision in *Stinchcombe, supra*, except that, in ordering that the informant be made available, the judgment is an extension of the obligation resting on the Crown. Crown witnesses, even informants, are not the property of the Crown whom the Crown can control and produce for examination by the defence. The obligation of the Crown does not extend to producing its witnesses for oral discovery. Nevertheless, subject to variation by appropriate proceedings, the judgment of Proulx J.A. was

public n'a pas fourni le véritable nom au complet de Billy Joe ni ses coordonnées. Le dernier élément de l'ordonnance du juge Proulx est celui qui soulève le plus de difficultés. Il en est ainsi parce que les conditions régissant le déroulement de l'interrogatoire ont peut-être été dictées non pas tant par le ministère public que par l'indicateur, c'est-à-dire par Billy Joe lui-même. Pour ce qui est de cet aspect de la communication de la preuve, dans les cas où il y a non-communication du fait de l'indicateur, il est difficile d'imputer indirectement au ministère public ce manque de coopération. Les conditions régissant le déroulement de l'interrogatoire avaient apparemment été dictées par l'indicateur lui-même. Il est vrai que les conditions auxquelles le ministère public a permis à la défense de rencontrer l'indicateur étaient tellement restrictives qu'elles ont donné lieu à une communication incomplète de la preuve puisque l'indicateur était encagoulé et accompagné de deux gardes du corps, et qu'il était impossible d'enregistrer l'interrogatoire. Les avocats de la défense n'ont pu, à cause de la cagoule, s'assurer que l'individu présenté comme étant «Billy Joe» était véritablement l'indicateur. On peut reprocher aux avocats de la défense de ne pas avoir interrogé le «Billy Joe» encagoulé lorsqu'ils ont eu des doutes légitimes quant à sa véritable identité.

L'omission du ministère public de s'acquitter de l'obligation qui lui incombe en matière de communication de la preuve peut violer l'art. 7 de la *Charte* et porter atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le juge Steinberg a ordonné l'arrêt des procédures, mais il a fondé sa décision, du moins en partie, sur l'existence d'un délai déraisonnable, ce qui, ainsi que nous avons conclu, constituait une erreur. Par ailleurs, nous concluons que le ministère public ne s'est pas acquitté de l'obligation que lui avait fixée le juge Proulx en matière de communication de la preuve. Les conditions de la communication de la preuve sont compatibles avec l'arrêt *Stinchcombe*, précité, sauf que l'ordre de produire l'indicateur a pour effet d'élargir l'obligation qui incombe au ministère public. Les témoins à charge, même les indicateurs, ne sont pas des biens qui appartiennent au ministère public et que celui-ci contrôle et peut

binding on the Crown, and the Court of Appeal (No. 2) erred in remitting the matter to the trial judge to determine *de novo* the terms, content and conditions of disclosure relating to Billy Joe.

produire pour qu'ils soient interrogés par la défense. L'obligation qui incombe au ministère public ne va pas jusqu'à contraindre celui-ci à produire ses témoins pour qu'ils se soumettent à un interrogatoire préalable oral. Néanmoins, sous réserve de la possibilité d'en demander la modification par la procédure appropriée, la décision du juge Proulx liait le ministère public. La Cour d'appel (appel n° 2) a donc commis une erreur en ordonnant le renvoi de l'affaire au juge de première instance pour qu'il fixe à nouveau les conditions et le contenu de la communication de la preuve concernant Billy Joe.

19 In our view, in the circumstances referred to above, it would not be appropriate to stay the proceedings without affording the Crown an opportunity either to comply with the terms of the judgment of the Court of Appeal (No. 1) or to move to vary it on the basis of information that has come into the Crown's possession since the date of the judgment.

À notre avis, eu égard aux circonstances susmentionnées, il ne serait pas opportun d'ordonner l'arrêt des procédures sans donner au ministère public la possibilité soit de se conformer aux conditions fixées dans la décision de la Cour d'appel (appel n° 1), soit de présenter une demande de modification de ces conditions sur la foi de renseignements venus à sa connaissance depuis la date de la décision.

III. Disposition

III. Dispositif

20 In the result, we would allow the appeal and set aside the judgment of the Court of Appeal and substitute therefor an order setting aside the stay and requiring the trial to proceed on the following basis. Pursuant to the broad powers conferred on this Court by virtue of s. 695(1) of the *Code*, we issue the following directions:

En définitive, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la décision de la Cour d'appel et de lui substituer une ordonnance annulant l'arrêt des procédures et exigeant la tenue du procès en conformité avec les directives exposées ci-après. Conformément aux vastes pouvoirs conférés à notre Cour par le par. 695(1) du *Code*, nous formulons les directives suivantes:

Subject to variation by the trial judge on the basis of new evidence relating to the jeopardy of Billy Joe, the Crown must comply with the terms of the judgment of the Court of Appeal (No. 1). There is some difficulty, however, as we noted earlier in these reasons, with the third requirement in that disclosure order that Billy Joe be made available to defence counsel, since the informant appears reluctant to cooperate,

Sous réserve des modifications qui pourraient être apportées aux conditions de la décision de la Cour d'appel (appel n° 1) par le juge de première instance sur la foi de nouveaux éléments de preuve concernant les risques courus par Billy Joe, le ministère public est tenu de se conformer à ces conditions. Cependant, comme nous l'avons mentionné plus tôt dans les présents motifs, la troisième condition prévue par l'ordonnance de communication de la preuve, savoir l'ordre de permettre aux avocats de la défense de rencontrer Billy Joe, soulève certaines difficultés, car l'indicateur paraît réticent à coopérer et le ministère public n'a aucune

and is beyond the Crown's control. Accordingly, the Crown has a choice:

- (1) if the Crown wishes to avoid the problems already encountered in trying to comply with the third requirement, the Crown can meet its disclosure obligations by fully complying with the other two requirements, namely, disclosing the evidence of the informer before trial, and disclosing the full name and whereabouts of Billy Joe before trial;
- (2) alternately, the Crown can choose to comply with the third requirement by producing Billy Joe and ensuring that he will cooperate and answer all proper questions.

The trial judge shall fix a reasonable time for compliance with the disclosure requirements referred to in the judgment of the Court of Appeal. At the end of that period, unless an application for variation has been brought, the trial judge shall determine whether the Crown has complied with its disclosure obligations. If there has been non-compliance, a stay is the appropriate remedy. The timing for the disposition of any motion to vary that may be brought by the Crown within the period fixed by the trial judge will be for the trial judge to determine.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — The issue raised by this appeal is whether the trial judge erred in ordering a stay of proceedings for reasons of unreasonable delay and non-disclosure of evidence and, consequently, whether the Court of Appeal was right in overturning that decision and ordering a new trial. More particularly, it must be determined whether the Crown properly fulfilled

autorité sur lui. En conséquence, deux solutions s'offrent au ministère public:

- (1) d'une part s'il désire éviter les problèmes qu'il a déjà rencontrés lorsqu'il a tenté de se conformer à la troisième condition, le ministère public peut s'acquitter des obligations qui lui incombent en matière de communication de la preuve en se conformant intégralement aux deux autres conditions, c'est-à-dire en communiquant, avant le procès, la preuve rapportée par l'indicateur, et en divulguant, également avant le procès, le nom au complet de Billy Joe et ses coordonnées;
- (2) d'autre part, le ministère public peut choisir de se conformer à la troisième condition en produisant Billy Joe et en garantissant qu'il coopérera et répondra à toutes les questions pertinentes.

Le juge de première instance fixera le délai raisonnable à l'intérieur duquel devront être respectées les conditions fixées dans la décision de la Cour d'appel relativement à la communication de la preuve. À l'expiration de ce délai, à moins qu'une demande de modification n'ait été déposée, le juge de première instance décidera si le ministère public s'est acquitté des obligations lui incombant en matière de communication de la preuve. S'il ne l'a pas fait, l'arrêt des procédures est la réparation qui convient. Il appartiendra au juge du procès de décider du moment où il sera statué sur toute demande de modification que pourrait présenter le ministère public à l'intérieur du délai fixé par le juge.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Il s'agit, ici, de déterminer si le juge de première instance a commis une erreur en ordonnant l'arrêt des procédures pour des motifs fondés sur l'existence d'un délai déraisonnable et sur la non-communication de la preuve et, dans l'affirmative, si la Cour d'appel a eu raison d'infirmer cette décision et d'ordonner un nouveau procès. De façon plus par-

its disclosure obligations with respect to a police informer.

23 Although I agree with my colleagues that a stay of proceedings should not have been ordered in the case at hand, I base my conclusion on different premises. Further, contrary to my colleagues, I would uphold the judgment of the Court of Appeal. Before examining the issue before us, a brief chronology of events is in order.

I. Facts and Proceedings

24 On May 30, 1986, the appellants were arrested and charged with various counts of counselling and conspiracy to commit the murder of persons aboard an aircraft. The charges were based on several conversations between the appellants and a police informer known as "Billy Joe". While the crux of the case against the appellants lies in these conversations, their exact meaning is in dispute. The Crown argues that they are evidence of the alleged conspiracy to bomb an aircraft, while the appellants suggest that they relate to the stealing of an automobile.

25 After waiving their right to a preliminary inquiry, the appellants appeared before a judge and jury on November 24, 1986. They were tried on the conspiracy charges only, as the charges related to counselling were quashed. Both appellants were subsequently found guilty on all conspiracy charges. With the consent of counsel, the trial judge, Barrette-Joncas J., applied the rule against multiple convictions and registered a conviction only with respect to the first count. On January 28, 1987, both appellants were sentenced to life imprisonment.

26 The appellants appealed their verdicts. The main focus of the appeal concerned two disclosure applications that had been brought by the defence

ticulière, il faut déterminer si le ministère public s'est acquitté de son obligation de communication de la preuve relativement à l'indicateur de police.

Bien que je sois d'accord avec mes collègues que l'arrêt des procédures n'aurait pas dû être ordonné en l'espèce, ma conclusion se fonde sur des prémisses différentes. De plus, contrairement à mes collègues, je confirmerais l'arrêt de la Cour d'appel. Avant d'examiner la question dont nous sommes saisis, il convient de faire une brève chronologie des événements.

I. Les faits et les procédures

Le 30 mai 1986, les appellants ont été arrêtés et accusés sous divers chefs, soit d'avoir conseillé le meurtre de personnes se trouvant à bord d'un aéronef et d'avoir comploté en vue de commettre le meurtre en question. Les accusations reposaient sur plusieurs conversations entre les appelants et un indicateur surnommé «Billy Joe». Bien que ces conversations soient au cœur des accusations, leur signification exacte est contestée. Le ministère public prétend qu'elles tendent à prouver l'infraction reprochée, soit le complot en vue de faire exploser un aéronef, tandis que les appelants soutiennent qu'elles concernent le vol d'une automobile.

Les appelants ont renoncé à leur droit à une enquête préliminaire et ont comparu devant un juge et un jury le 24 novembre 1986. Le procès n'a porté que sur les accusations de complot, vu l'annulation des autres chefs d'accusation d'avoir conseillé la commission d'une infraction. Les appelants ont par la suite tous deux été reconnus coupables des accusations de complot. Du consentement des avocats, le juge du procès, madame le juge Barrette-Joncas, a appliqué la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples et inscrit une déclaration de culpabilité quant au premier chef d'accusation seulement. Le 28 janvier 1987, les deux appelants ont été condamnés à une peine d'emprisonnement à perpétuité.

Les appelants ont interjeté appel du verdict. L'appel visait principalement deux demandes de communication de preuve qui avaient été présen-

at the outset of the trial, and again before the trial came to an end. More particularly, the appellants had sought an order requiring the Crown to produce the informer in order that "Billy Joe", as well as the contents of his potential testimony, be made available to the defence. A similar request, prior to the trial, had been made directly to the Crown which had turned it down. In the end, both disclosure applications were dismissed by Barrette-Joncas J. on the grounds that the informer was protected by the police informer privilege.

On appeal ((1991), 68 C.C.C. (3d) 81), Proulx J.A., writing for a unanimous court on this point, found Barrette-Joncas J.'s ruling to be in error and ordered a new trial. In the course of his opinion, Proulx J.A. stated (at pp. 92-93):

With respect, I am of the opinion that the testimony of the informer was relevant to (1) the nature of the agreement; (2) the lack of agreement; (3) the lack of intent; (4) the issue of entrapment (under the existing law at the time), and (5) in relation to credibility.

In summary, the testimony of the informer could have provided evidence on some crucial facts, mainly, (1) the consideration of the payment of \$8,000; (2) the purpose of the meetings before the meeting with Miele; (3) the nature of the conversation between Khela and himself before the meeting with Miele; (4) the discussion held at the restaurant with Miele; (5) the purpose of his contact with the appellants after Miele's departure from Montreal, and (6) the subject of the conversations held between the informer and the appellants after meeting Miele on May 22nd.

For these reasons, I am of the opinion that the trial judge erred in not ordering at the request of the appellants that the Crown disclose, (1) the evidence of the informer before the trial; (2) the full name and whereabouts of Billy Joe, and (3) that the Crown makes Billy Joe available to the appellants.

tées par la défense, d'abord au début du procès, puis de nouveau avant la fin de celui-ci. Plus particulièrement, les appelants sollicitaient une ordonnance enjoignant au ministère public de produire l'indicateur de police pour que la défense puisse interroger «Billy Joe» et prendre connaissance de la teneur de son éventuel témoignage. Une demande similaire avait été présentée directement au ministère public avant le procès, mais en vain. À la fin, madame le juge Barrette-Joncas a rejeté les deux demandes de communication de preuve au motif que l'indicateur était protégé par le privilège relatif aux indicateurs de police.

En appel, le juge Proulx, ((1991), 41 Q.A.C. 101, 68 C.C.C. (3d) 81), exprimant l'opinion unanime de la Cour sur ce point, a conclu que madame le juge Barrette-Joncas avait commis une erreur et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Dans ses motifs, le juge Proulx a énoncé ce qui suit (aux pp. 111 et 112):

[TRADUCTION] Avec déférence, je suis d'avis que le témoignage de l'indicateur de police était pertinent à l'égard des points suivants: (1) la nature de l'entente; (2) l'absence d'entente; (3) l'absence d'intention; (4) la provocation policière (suivant le droit existant à l'époque pertinente) et (5) la crédibilité.

En somme, le témoignage de l'indicateur de police aurait pu fournir des éléments de preuve relativement à certains faits cruciaux (1) la contrepartie du paiement de 8 000 \$; (2) l'objet des rencontres ayant précédé celle avec Miele; (3) la nature de la conversation entre l'indicateur de police lui-même et Khela avant la rencontre avec Miele; (4) la discussion avec Miele au restaurant; (5) l'objet des contacts qu'il a eus avec les appelants après que Miele eut quitté Montréal; et (6) le sujet des conversations entre l'indicateur de police et les appelants après la rencontre avec Miele, le 22 mai.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que le juge du procès a fait erreur en refusant d'accéder à la demande des appelants et d'ordonner au ministère public (1) de communiquer, avant le procès, la preuve rapportée par l'indicateur; (2) de communiquer le nom complet et les coordonnées de Billy Joe et (3) de permettre aux appelants de rencontrer Billy Joe.

Herein lies the source of the confusion which subsequently arose in the proceedings that followed.

28 The appellants' new trial took place before Steinberg J. on March 10, 1992. On that date, the appellants brought two applications for a judicial stay of proceedings pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. They argued that their s. 7 *Charter* rights had been infringed by the Crown's alleged failure to make full disclosure in accordance with the judgment of the Court of Appeal and that their s. 7 and 11(b) rights had been infringed by virtue of unreasonable delay.

29 On March 16, 1992, Steinberg J. allowed the *Charter* applications and entered a stay of proceedings. The Crown appealed. On June 27, 1994, the appeal was allowed ((1994), 92 C.C.C. (3d) 81), and a new trial was ordered. It is from this decision that the appellants appeal to this Court as of right.

II. Analysis

30 At the outset, it must be determined whether the judgment of the Court of Appeal in the first appeal in fact ordered the Crown to disclose (1) the evidence of the informer before the trial, (2) his full name and whereabouts, and (3) make him available to the defence. In this regard, the Court of Appeal's order simply reads as follows:

THE COURT, on an appeal against conviction for having conspired to commit the murder of persons aboard an aircraft, following a trial before judge and jury in the Superior Court (District of Montreal, December 23, 1986, the Honourable Madam Justice Claire Barrette-Joncas);

After study of the record, hearing of the parties by counsel, and deliberation;

For the reasons given in the written opinion of Mr. Justice Claude Vallerand, filed herewith, with which Madam Justice Christine Tourigny concurs, and for the

C'est là que se trouve la source de la confusion qui s'en est suivie dans les procédures subséquentes.

Le nouveau procès des appelants s'est déroulé devant le juge Steinberg, le 10 mars 1992. Les appelants ont alors déposé deux demandes d'arrêt des procédures fondées sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ils alléguaient, d'une part, que le ministère avait violé les droits que leur garantit l'art. 7 de la *Charte* en ne leur communiquant pas intégralement la preuve en sa possession conformément à la décision de la Cour d'appel et, d'autre part, qu'en raison du délai déraisonnable à les juger on avait porté atteinte aux droits qui leur sont reconnus aux art. 7 et 11b).

Le 16 mars 1992, le juge Steinberg a accueilli les demandes fondées sur la *Charte* et ordonné l'arrêt des procédures. Le ministère public a interjeté appel. Le 27 juin 1994, la Cour d'appel a accueilli l'appel ((1994) 63 Q.A.C. 273; 92 C.C.C. (3d) 81) et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Les appelants se pourvoient maintenant de plein droit à l'encontre de cette décision.

II. Analyse

Il faut tout d'abord déterminer si, dans le cadre du premier appel, la Cour d'appel a de fait ordonné au ministère public (1) de communiquer, avant le procès, la preuve rapportée par l'indicateur de police; (2) de communiquer le nom complet et les coordonnées de l'indicateur de police, et (3) de permettre à la défense de le rencontrer. Sur ce point, l'ordonnance de la Cour d'appel se limite à ce qui suit:

[TRADUCTION] **LA COUR**, saisie d'un pourvoi contre une déclaration de culpabilité relativement à une accusation de complot en vue de commettre le meurtre de personnes à bord d'un aéronef, prononcée à l'issue d'un procès devant juge et jury en Cour supérieure (district de Montréal, 23 décembre 1986, l'honorable Claire Barrette-Joncas);

après étude du dossier, audition des parties, qui étaient représentées par avocat, et délibéré;

pour les motifs exposés dans l'opinion écrite de M. le juge Claude Vallerand, dont copie est déposée avec les présentes et à laquelle souscrit madame le juge Christine

reasons given by Mr. Justice Michel Proulx in his written opinion, also filed herewith;

DOTH GRANT the appeal;

DOTH ORDER a new trial. [Emphasis added.]

The question thus becomes whether a disclosure “order” can be implied from the terms of the judgment. In my view it cannot. What Proulx J.A.’s opinion, in its relevant portions reproduced earlier, did was to characterize the error that, in his view, the trial judge had made. Outlining such an error, as is regularly done by appellate courts in similar circumstances, is aimed at providing guidance to trial judges where new trials are ordered. Absent a specific order by the court, such guidelines have never been regarded as binding on either the trial judge or the parties. That no such order was even contemplated in this case is illustrated by the general comments made by Proulx J.A. in the course of his opinion. He alluded, in particular, to the possibility of the trial judge’s ordering that the informer be called as a witness without his identity being disclosed (at pp. 93-94):

As a matter of fact, in some cases, trial judges have allowed witnesses to testify under assumed names in order that they not be obliged to divulge their true identity . . . , subject, of course, to the proper dispositions being taken for the security of the witness. Had the trial judge ruled in favour of the appellants to order the production of the informer as a witness, that order could have allowed the witness to testify under his assumed name.

Simply put, in the first appeal, the Court of Appeal remitted the whole issue to the trial judge to be dealt with at the new trial in a manner consistent with the court’s decision, i.e., that disclosure be made to the defence but subject to the discretion of the trial judge as to the way in which this should be done. Given the appellants’ contention, and per-

Tourigny, et pour les motifs exposés par M. le juge Michel Proulx dans son opinion écrite, dont copie est également déposée avec les présentes:

ACCUEILLE le pourvoi;

ORDONNE un nouveau procès. [Je souligne.]

La question devient donc de savoir s’il est possible d’inférer une «ordonnance» de communication de la preuve du libellé du jugement de la Cour d’appel. À mon avis, ce n’est pas possible. Dans les passages pertinents de l’opinion du juge Proulx reproduits plus tôt, celui-ci s’est attaché à caractériser l’erreur qui, selon lui, avait été commise par le juge de première instance. Cette façon de faire, à laquelle les cours d’appel ont régulièrement recours dans de tels cas et qui consiste à décrire l’erreur qui a été commise, vise à fournir des directives au juge de première instance lorsqu’un nouveau procès est ordonné. En l’absence d’une ordonnance spécifique du tribunal d’appel, de telles lignes directrices n’ont jamais été considérées comme ayant pour effet de lier le juge de première instance ou les parties. Il ressort des commentaires généraux formulés par le juge Proulx dans son opinion qu’une telle ordonnance n’a même jamais été envisagée en l’espèce. En effet, le juge Proulx a spécifiquement fait allusion à la possibilité que le juge de première instance ordonne l’assignation de l’indicateur de police sans toutefois révéler son identité (à la p. 112):

[TRADUCTION] De fait, dans certains cas, il arrive que le juge de première instance autorise un témoin à déposer sous un nom d’emprunt pour lui éviter d’être contraint de divulguer sa véritable identité [...] et sous réserve, bien entendu, que des mesures soient prises pour assurer la sécurité de ce témoin. Si le juge de première instance avait accueilli la requête des appelants et ordonné la production de l’indicateur de police comme témoin, il aurait pu, dans cette ordonnance, autoriser le témoin à déposer sous un nom d’emprunt.

Bref, au terme du premier appel, la Cour d’appel a renvoyé l’ensemble de la question au juge de première instance pour qu’elle soit examinée dans le cadre du nouveau procès, conformément à la décision de la Cour, soit qu’il devait y avoir communication de la preuve à la défense, mais suivant les modalités qui seraient fixées par le juge de pre-

haps the Crown's perception, that the Court of Appeal had made an "order" that the Crown had no choice but to obey, steps were taken by the Crown to comply with the demands of the defence to the greatest extent it considered possible under the circumstances which required it to ensure the protection and security of the informer, a matter Proulx J.A. had himself considered.

mière instance dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Vu la prétention des appelants — et peut-être l'impression qu'avait le ministère public — voulant que la Cour d'appel avait rendu une «ordonnance» à laquelle le ministère public n'avait d'autre choix que d'obtempérer, ce dernier a pris, afin de se conformer le plus possible aux demandes de la défense, des mesures qui, d'après les circonstances, lui permettaient d'assurer la protection et la sécurité de l'indicateur de police, aspect sur lequel le juge Proulx s'était attardé.

33 Before the second trial, the Crown thus backed away from its initial position taken during the first trial, i.e., that it had no disclosure obligation regarding the informer on the basis that this constituted privileged information, and accordingly provided the defence with all the information it had, other than the name and whereabouts of the informer. Moreover, although it had no direct control over "Billy Joe", the Crown stated that it was willing to do its best to see that the informer was present at the time of the new trial.

Avant la tenue du deuxième procès, le ministère public est donc revenu sur la position qu'il avait initialement adoptée durant le premier procès selon laquelle il n'avait, en ce qui concerne l'indicateur de police, aucune obligation de communication de la preuve, puisqu'il s'agissait de renseignements privilégiés et il a fourni à la défense tous les renseignements dont il disposait, à l'exception des nom et coordonnées de l'indicateur. Par ailleurs, même s'il n'exerçait aucun contrôle direct sur «Billy Joe», le ministère public a affirmé qu'il était disposé à faire de son mieux pour que l'indicateur soit présent lors du nouveau procès.

34 It must be stressed here that in the course of the first trial, considerable evidence concerning the informer had already been brought to the attention of the defence. This included details of the informer's twelve-year history in that capacity, details of the informer's past criminal record, as well as details of the deal that was made with him in exchange for the information. The Crown had also made available to the defence the police officer who had been the informer's contact throughout the investigation, and provided the defence with transcripts and audiotaped copies of the wiretapped conversations. Finally, it should be recalled that, at this stage, the informer had made no statement in relation to the alleged conspiracy charges other than the following at p. 87: "Of course, it's blowing up airplanes, and the reason I am ready to testify is because I think it's crazy to conspire to blow up airplanes and to kill hundreds of innocent peo-

Il importe de souligner que, durant le premier procès, la défense avait déjà été mise au courant de nombreux éléments de preuve relatifs à l'indicateur de police, notamment des détails sur ses agissements en cette qualité depuis douze ans, des détails sur son casier judiciaire ainsi que des précisions sur les arrangements conclus en échange d'informations. Le ministère public a également donné à la défense l'occasion d'interroger le policier qui avait été le contact de l'indicateur de police pendant toute la durée de l'enquête, en plus de remettre à la défense la transcription des conversations interceptées et des copies des enregistrements audio de ces conversations. Finalement, il convient de se rappeler que l'indicateur de police n'avait fait, à ce stade, que la déclaration suivante relativement aux accusations de complot à la p. 87: [TRADUCTION] «Bien sûr qu'il s'agissait de faire sauter des avions et, la raison pour laquelle je suis disposé à témoigner, c'est que je pense que c'est fou de comploter pour faire sauter des avions et de

ple.” This statement was made available to the defence.

On February 17, 1992, the Crown actually produced the informer, be it in such a way as to hide his identity. This was done in the context of a meeting at which counsel for both appellants, as well as counsel for the Crown, were present. The informer wore a hood in order to protect his identity, and he was accompanied by two bodyguards. By request of the informer, a court reporter was not to be present at the meeting, nor was the meeting to be tape-recorded. Counsel for the defence were told that the informer would answer questions directly related to the specific issues identified in Proulx J.A.’s opinion.

Although it was clear that, for reasons of security, neither the Crown nor the informer wanted the identity and whereabouts of the informer to be disclosed, the first and only question asked by defence counsel at the meeting was the informer’s name. The informer refused to answer this question other than by giving his code name. Defence counsel then chose to put an end to the meeting without asking any further question, stating that they did not believe the hooded man was in fact the true informer, and persisted in their view that there had been insufficient disclosure, i.e., that the Crown had breached Proulx J.A.’s “order”. This was the main basis of the appellants’ application for a stay of proceedings at the second trial, an application which was granted by Steinberg J.

On appeal to the Court of Appeal from that stay, Baudouin J.A., writing for the court, discussed the meeting held between the Crown and the defence during which “Billy Joe” was produced (which I recounted earlier) in the following terms (at pp. 87-88):

[TRANSLATION] If I correctly understand their argument, the respondents are complaining, in essence, that

tuer des centaines de personnes innocentes.» Cette déclaration avait été communiquée à la défense.

Le 17 février 1992, le ministère public a effectivement produit l’indicateur de police, mais de manière à dissimuler son identité. Le tout s’est déroulé à l’occasion d’une rencontre à laquelle assistaient les avocats des deux appelants et le substitut du procureur général. L’indicateur de police, qui portait une cagoule afin de protéger son identité, était accompagné de deux gardes du corps et il avait demandé qu’il n’y ait ni sténographe judiciaire ni enregistrement audio. Les avocats de la défense avaient été informés que l’indicateur de police répondrait aux questions se rapportant directement aux points spécifiquement mentionnés dans l’opinion du juge Proulx.

Même s’il était évident que, pour des raisons de sécurité, ni le ministère public ni l’indicateur de police ne désiraient que l’identité et les coordonnées de ce dernier soient dévoilées, les avocats de la défense n’ont posé qu’une seule et unique question au cours de la rencontre: le nom de l’indicateur. Ce dernier a refusé de répondre à cette question, se contentant de donner son nom de code. Les avocats de la défense ont alors décidé de mettre un terme à la rencontre sans poser d’autres questions, affirmant qu’ils ne croyaient pas que l’homme à la cagoule était vraiment l’indicateur de police, et ils ont continué d’affirmer que la communication de la preuve n’avait pas été suffisante, i.e., que le ministère public avait refusé de se conformer à l’«ordonnance» du juge Proulx. Cela a constitué le principal fondement de la demande d’arrêt des procédures déposée par les appelants lors du deuxième procès qui a été accueillie par le juge Steinberg.

Aux termes de l’appel interjeté à l’encontre de l’ordonnance d’arrêt des procédures, le juge Baudouin, s’exprimant au nom de la cour a dit ce qui suit à propos de la rencontre, que j’ai décrite plus tôt, entre le ministère public et la défense et au cours de laquelle «Billy Joe» a été produit (à la p. 279):

Si j’interprète bien leur argumentation, les intimés se plaignent, au fond, que la Couronne ne leur ait pas

35

36

37

the Crown did not disclose to them the contents of what, when testifying at the trial, Billy Joe would say about the alleged conspiracy. Here, and with the greatest respect, we are, however, in total darkness, darkness which, it seems to me, would have been and should have been cleared up if the interview of February 17, 1992, had taken place normally and he had been questioned.

The Crown advances, secondly, its discretion and the rule as to the appropriate timing of the disclosure as laid down in *R. v. Stinchcombe* (1991), 68 C.C.C. (3d) 1, [1991] 3 S.C.R. 326, 9 C.R. (4th) 277 (S.C.C.). It argues that on February 17, 1992, disclosure of the name and whereabouts of Billy Joe was not proper for two main reasons. The first is that there was a real danger for the life of this individual who has already been the subject of a first attempted murder. The second is that he, represented by counsel, had indicated that he would ask, at trial, to testify under a pseudonym, which moreover Proulx J.A. permitted him to do in his judgment. The Crown's position is, therefore, that in these particular circumstances, it was for the trial judge, before the trial had actually begun, to make the necessary decisions in this regard. I agree with this position. [Emphasis added.]

38 In my view, Baudouin J.A. was absolutely right. The judgment of Proulx J.A. was not binding on either the trial judge or the parties as regards the content of disclosure and, as a consequence, it will be for the trial judge to reconsider this issue in light of all relevant circumstances.

39 I would add that there are two ways by which the matter of disclosure could have been dealt with at the second trial: either the Crown could have made an application to the trial judge to set conditions for further disclosure of information concerning the informer, had such disclosure been found necessary, or the defence, if not satisfied by the extent of the disclosure, could have applied to the trial judge to order the Crown to disclose even further information regarding the same.

divulgué le contenu de ce que, témoignant lors du procès, Billy Joe déclarerait à propos du prétendu complot. Ici, et je le dis avec le plus grand respect, nous sommes cependant dans le vague le plus absolu, vague qui, me semble-t-il, aurait pu et dû être dissipé si l'entrevue du 17 février 1992 s'était normalement déroulée et que l'on avait procédé à l'interrogatoire.

La Couronne invoque [...] son pouvoir discrétionnaire et la règle de l'opportunité du temps de la divulgation établie dans l'arrêt *Stinchcombe c. R.*, [1991] 3 R.C.S. 326; 130 N.R. 277; 120 A.R. 161; 8 W.A.C. 161; 68 C.C.C. (3d) 1. Elle argumente qu'au jour du 17 février 1992, la divulgation du nom et des coordonnées de Billy Joe n'était pas opportune pour deux raisons majeures. La première était le danger réel pour la vie de cet individu qui avait déjà fait l'objet d'une première tentative de meurtre. La seconde est que celui-ci, représenté par procureur, avait indiqué qu'il demanderait, au procès, de témoigner sous un nom d'emprunt, comme d'ailleurs le permettait le juge Proulx dans son jugement. La position de la Couronne est donc que, dans ces circonstances particulières, c'était au juge du procès, avant que celui-ci ne commence véritablement, de prendre les décisions qui s'imposaient à cet égard. Je suis d'accord avec cette position. [Je souligne.]

À mon avis, le juge Baudouin a eu tout à fait raison. La décision du juge Proulx ne liait ni le juge de première instance ni les parties quant au contenu de la communication et, en conséquence, il appartiendra au juge du procès de réexaminer cette question à la lumière de toutes les circonstances pertinentes.

J'ajouterais que la question de la communication de la preuve aurait pu être réglée de deux façons lors du second procès: d'une part, le ministère public aurait pu présenter au juge du procès une requête demandant de fixer les conditions visant à régir la communication de tout autre renseignement concernant l'indicateur de police, si telle communication avait été jugée nécessaire, d'autre part, la défense aurait pu, si elle n'était pas satisfaite de l'étendue de la communication, demander au juge du procès d'enjoindre au ministère public de communiquer plus de renseignements sur cet indicateur.

In both cases, the matter would have been fully argued and, in particular, the need to protect the identity of the police informer, as well as any other circumstances which may have had a bearing on the requested disclosure order, would have been dealt with. The fact that the defence chose, rather, to move for a stay of proceedings does not give it greater rights than it could have claimed had it followed the proper route.

Moreover, assuming, for the sake of argument, that the Court of Appeal's judgment in the first trial could be construed as an "order" to produce the police informer, it is clear that such an order would have gone much beyond *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, i.e., much beyond the type of disclosure that can be ordered by a trial judge, let alone a Court of Appeal. The Crown can only be ordered to produce what it has, and it does not "have" people. I agree with my colleagues in this respect that "[t]he obligation of the Crown does not extend to producing its witnesses for oral discovery" (at para. 18). The appellants' argument on this point must accordingly fail.

The other issue in dispute in the present appeal concerns the alleged unreasonable delay which the trial judge considered in ordering the stay of proceedings. I agree with my colleagues that no such unreasonable delay occurred in the circumstances of this case.

For these reasons, I agree with my colleagues that a stay of proceedings should not have been granted in the instant case. I would, however, uphold the Court of Appeal's order of a new trial and direct the question of the extent of disclosure to the trial judge. Accordingly, I would dismiss the appeal.

40 Dans les deux cas, la question aurait été pleinement débattue et toutes les circonstances susceptibles d'avoir une incidence sur l'ordonnance de communication demandée auraient été examinées, en particulier la nécessité de taire l'identité de l'indicateur de police. Le fait que la défense ait plutôt choisi de demander l'arrêt des procédures ne lui confère pas plus de droits qu'elle aurait pu en revendiquer si elle avait suivi la démarche appropriée.

41 Qui plus est, à supposer, pour les fins de la discussion, que la décision rendue par la Cour d'appel aux termes du premier appel puisse être interprétée comme une «ordonnance» intimant de produire l'indicateur, il est évident qu'une telle ordonnance serait allée beaucoup plus loin que ne le prévoit l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, c.-à-d. bien au-delà du genre de communication de la preuve qui peut être ordonnée par le juge du procès et encore moins par une cour d'appel. On peut uniquement ordonner au ministère public de produire ce qu'il «possède»; or, il ne «possède» pas des personnes. À cet égard, je suis d'accord avec mes collègues que «[l']obligation qui incombe au ministère public ne va pas jusqu'à contraindre celui-ci à produire ses témoins pour qu'ils se soumettent à un interrogatoire préalable oral» (au par. 18). L'argument des appelants sur ce point est donc rejeté.

42 L'autre question en litige dans le présent pourvoi porte sur l'allégation de délai déraisonnable dont le juge du procès a tenu compte lorsqu'il a ordonné l'arrêt des procédures. Je suis d'accord avec mes collègues qu'il n'y a pas eu de délai déraisonnable dans les circonstances de cette affaire.

43 Pour ces motifs, je suis d'accord avec mes collègues que l'arrêt des procédures n'aurait pas dû être ordonné en l'espèce. Cependant, je confirmerais l'ordonnance de la Cour d'appel relativement à la tenue d'un nouveau procès et je référerai au juge du procès la question de l'étendue de la communication de la preuve. En conséquence, je rejetterais le pourvoi.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Solicitors for the appellant Santokh Singh Khela: Harrop, Phillips, Powell & Gibbons, Vancouver.

Procureurs de l'appelant Santokh Singh Khela: Harrop, Phillips, Powell & Gibbons, Vancouver.

Solicitors for the appellant Kashmir Singh Dhillon: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureurs de l'appelant Kashmir Singh Dhillon: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Quebec, Montreal.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Québec, Montréal.