

**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'appellant 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 avion.

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

7

8

9

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