

**Kevin Roy Hawkins and Claude Morin** Appellants

v.

**Her Majesty The Queen** Respondent

INDEXED AS: R. v. HAWKINS

File No.: 24633, 24634.

1996: March 18; 1996: November 28.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Evidence — Witnesses — Competency and compellability — Spouses — Police officer charged with obstruction of justice after allegedly providing motorcycle club president with confidential information — Officer's girlfriend key witness against him at preliminary inquiry — Officer and girlfriend legally married prior to trial — Trial judge finding witness not competent to testify at trial — Whether common law rule of spousal incompetence should be modified in circumstances of case.*

*Criminal law — Evidence — Witnesses — Evidence previously taken — Police officer charged with obstruction of justice after allegedly providing motorcycle club president with confidential information — Officer's girlfriend key witness against him at preliminary inquiry — Officer and girlfriend legally married prior to trial — Trial judge finding witness not competent to testify at trial — Whether Crown should have been able to read preliminary inquiry testimony into evidence at trial under s. 715 of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.*

*Criminal law — Evidence — Hearsay — Exceptions to hearsay rule — Police officer charged with obstruction of justice after allegedly providing motorcycle club president with confidential information — Officer's girlfriend key witness against him at preliminary inquiry — Officer and girlfriend legally married prior to trial — Trial judge finding witness not competent to testify at trial — Whether Crown should have been able to read preliminary inquiry testimony into evidence at trial as*

**Kevin Roy Hawkins et Claude Morin** Appelants

c.

**Sa Majesté la Reine** Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. HAWKINS

N° du greffe: 24633, 24634.

1996: 18 mars; 1996: 28 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

*Droit criminel — Preuve — Témoins — Habilité à témoigner et contraignabilité — Conjoint — Policier accusé d'entrave à la justice pour avoir présumément fourni des renseignements confidentiels au président d'un club de motards — Petite amie du policier témoin à charge principal à l'enquête préliminaire — Mariage du policier et de son amie avant le procès — Juge du procès concluant que le témoin n'est pas habile à témoigner au procès — La règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner devrait-elle être modifiée dans les circonstances de l'espèce?*

*Droit criminel — Preuve — Témoins — Témoignage recueilli antérieurement — Policier accusé d'entrave à la justice pour avoir présumément fourni des renseignements confidentiels au président d'un club de motards — Petite amie du policier témoin à charge principal à l'enquête préliminaire — Mariage du policier et de son amie avant le procès — Juge du procès concluant que le témoin n'est pas habile à témoigner au procès — Le ministère public aurait-il dû être autorisé à lire à titre de preuve au procès le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire conformément à l'art. 715 du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.*

*Droit criminel — Preuve — Ouï-dire — Exceptions à la règle du ouï-dire — Policier accusé d'entrave à la justice pour avoir présumément fourni des renseignements confidentiels au président d'un club de motards — Petite amie du policier témoin à charge principal à l'enquête préliminaire — Mariage du policier et de son amie avant le procès — Juge du procès concluant que le témoin n'est pas habile à témoigner au procès — Le ministère public aurait-il dû être autorisé à lire à titre de*

*principled exception to hearsay rule — Whether witness's prior statements satisfy necessity and reliability requirements.*

Pursuant to an internal investigation, the Crown believed that H, a police officer, had provided the co-accused M, a former president of a motorcycle club, with confidential information concerning police surveillance of the club in return for money. The key figure in the Crown's investigation was G, H's girlfriend. At the preliminary inquiry, the Crown called G as a competent and compellable witness, and she made a number of statements under oath and cross-examination which incriminated H. However, shortly thereafter, G retained her own counsel and sought to testify again. This application was granted, and, in her subsequent testimony, G recanted key portions of her previous statements, offering explanations with respect to the events in question that were in direct contradiction to what she had previously told the court. Following the completion of the preliminary inquiry, and prior to trial, G and H were legally married. The trial judge found that G was not competent for the Crown, owing to the common law rule of spousal incompetence. Following the ruling on the motion, the Crown decided that it would not offer any evidence in support of a conviction. Accordingly, the jury rendered directed acquittals of the two accused. The majority of the Court of Appeal agreed that the witness was not competent for the Crown, but held that the evidence could have been admitted pursuant to s. 715 of the *Criminal Code* or alternatively under the principled exception to the hearsay rule developed in *Khan, Smith and B. (K.G.)*. The court set aside the acquittals and ordered a new trial.

*Held* (Sopinka, McLachlin and Major JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

- (1) The common law rule of spousal incompetence should not be modified in the circumstances of this case.
- (2) G's testimony at the preliminary inquiry cannot be read into evidence at trial pursuant to s. 715 of the *Criminal Code*.
- (3) *Per* Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. (Sopinka, McLachlin and Major JJ. dissenting): G's testimony at the preliminary inquiry may be read into evidence

*preuve au procès le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire en application d'une exception de principe à la règle du oui-dire? — Les déclarations antérieures du témoin satisfont-elles aux exigences de nécessité et de fiabilité?*

À la suite d'une enquête interne, le ministère public croyait que H, un policier, avait, en contrepartie d'une somme d'argent, donné au coaccusé M, ancien président d'un club de motards, des renseignements confidentiels au sujet d'une surveillance du club par la police. Le principal témoin à l'enquête du ministère public était G, la petite amie de H. À l'enquête préliminaire, le ministère public a assigné G à titre de témoin habile à témoigner et contraignable et celle-ci a fait des déclarations sous serment qui incriminaient H. Cependant, peu de temps après, G a retenu les services d'un avocat et demandé à témoigner de nouveau. Cette demande a été accordée et, dans son témoignage subséquent, G a rétracté des parties importantes de ses déclarations antérieures, fournissant relativement aux événements en question des explications qui contredisaient directement ce qu'elle avait auparavant affirmé devant le tribunal. À la fin de l'enquête préliminaire et avant le procès, G et H se sont mariés. Le juge du procès a conclu que G n'était pas habile à témoigner pour le poursuivant en raison de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. Après le jugement sur la requête, le ministère public a décidé de ne pas présenter de preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité. Le jury a donc rendu des verdicts imposés d'acquiescement relativement aux deux accusés. La Cour d'appel à la majorité a reconnu que le témoin n'était pas habile à témoigner pour le poursuivant, mais a statué que son témoignage aurait pu être admis conformément à l'art. 715 du *Code criminel* ou subsidiairement en vertu d'une exception de principe à la règle du oui-dire formulée dans les arrêts *Khan, Smith, et B. (K.G.)*. La cour a annulé les acquittements et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Arrêt* (les juges Sopinka, McLachlin et Major sont dissidents): Les pourvois sont rejetés.

- (1) La règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner ne devrait pas être modifiée dans les circonstances de l'espèce.
- (2) Le témoignage de G à l'enquête préliminaire ne peut être lu à titre de preuve au procès en vertu de l'art. 715 du *Code criminel*.
- (3) *Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci (les juges Sopinka, McLachlin et Major sont dissidents): le témoignage de G à l'enquête préliminaire peut

at trial through a principled exception to the hearsay rule.

être lu en preuve au procès en application d'une exception de principe à la règle du oui-dire.

(1) *Spousal incompetence*

The circumstances of this case do not warrant modifying the common law rule of spousal incompetence. Both the trial judge and the Court of Appeal were correct in holding that G was not a competent witness for the Crown at the trial, as she had entered into a valid and genuine marriage with H. The common law rule is that a spouse is an incompetent witness in criminal proceedings in which the other spouse is an accused, except where the charge involves the person, liberty or health of the witness spouse. While the traditional rule has been modified by s. 4 of the *Canada Evidence Act*, these statutory exceptions aside, the general common law rule that the spouse of an accused, willing or not, is not competent to testify against the accused at the behest of the Crown still applies. At common law, it was well accepted that the rule of spousal incompetency renders a spouse incapable of testifying in relation to events which occurred both before and during the marriage. While it is true that this Court has signalled its willingness to adapt and develop common law rules to reflect changing circumstances in society at large, it is clear that the courts will only make incremental changes to the common law. By contrast, complex changes to the law with uncertain ramifications should be left to the legislature. Both of the changes proposed by the Crown, whereby a spouse would be rendered competent if the marriage was solemnized after the issuance of an information or indictment and, alternatively, where an accused marries a witness for the purpose of insulating that witness from being called by the prosecution, far from being incremental, would strike at the heart of the traditional rule of spousal incompetency. A marriage entered into following the swearing of an indictment may be perfectly valid and genuine, and there may indeed be a marital bond worthy of protection. Similarly, a marriage which is motivated by a desire to take advantage of the spousal incompetency rule may nonetheless be a true marriage, deserving of the law's protection.

(1) *L'inhabilité du conjoint*

Les circonstances en l'espèce ne justifient pas la modification de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. Le juge du procès et la Cour d'appel ont eu raison de conclure que G n'était pas habile à témoigner pour le poursuivant au procès puisqu'elle avait contracté avec H un mariage valide et authentique. Selon la règle de common law, un conjoint est inhabile à témoigner dans des procédures criminelles dans lesquelles l'autre conjoint est un accusé, sauf si l'accusation concerne la personne, la liberté ou la santé du conjoint témoin. Même si la règle traditionnelle a été modifiée par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, mises à part ces exceptions, la règle générale de common law que le conjoint d'un accusé, qu'il soit ou non disposé à le faire, est inhabile à témoigner contre l'accusé pour le poursuivant s'applique toujours. En common law, il est bien reconnu que, selon la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, un conjoint ne peut pas témoigner relativement à des événements qui se sont produits tant avant que pendant le mariage. Certes, notre Cour s'est montrée disposée à adapter et à élargir la portée des règles de common law de façon à tenir compte de l'évolution sociale globale, mais il est clair que les tribunaux n'apporteront que des changements progressifs à la common law. Par contre, il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines. Les deux changements proposés par le ministère public — c'est-à-dire qu'un conjoint serait habile à témoigner si le mariage a été célébré après la délivrance d'une dénonciation ou d'une mise en accusation et, subsidiairement, dans le cas où une personne accusée épouse un témoin dans le but d'empêcher qu'il soit assigné par le poursuivant — loin d'être progressifs, porteraient atteinte au fondement même de la règle traditionnelle de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Un mariage contracté après l'attestation sous serment d'un acte d'accusation peut être parfaitement valide et authentique, et il peut effectivement créer un lien matrimonial qu'il vaut la peine de protéger. De même, un mariage motivé par un désir de bénéficier de l'application de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner peut néanmoins être un mariage véritable qui mérite la protection de la loi.

(2) *Section 715 of the Criminal Code*

The Court of Appeal erred in concluding that G's testimony before the inquiry could be read into evidence pursuant to s. 715 of the *Criminal Code*. As it presently reads, s. 715 provides that where a person whose evidence was given at a previous trial on the same charge or was taken in the course of the investigation or on the preliminary inquiry refuses to be sworn or to give evidence, or is now dead, insane, so ill as to be unable to travel or testify, or is absent from Canada, then that person's testimony may be read as evidence in the proceedings without further proof. The evidence must also have been given in the presence of the accused. However, even if preliminary inquiry evidence satisfies these criteria, s. 715 preserves a residual discretion in the trial judge to exclude such evidence. G's marriage clearly cannot be read into the section as grounds for admitting the transcripts of her preliminary inquiry evidence as it does not represent a refusal to give evidence: the common law rule of spousal incompetency disqualifies a spouse from giving evidence, regardless of the spouse's choice.

(3) *Principled exception to the hearsay rule*

*Per* Lamer C.J. and Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: The Court of Appeal was correct in concluding that G's testimony at the preliminary inquiry could be admitted for the truth of its contents through a principled exception to the hearsay rule at common law. Evidence at trial of statements made by a witness in a prior adjudicative proceedings represents a form of hearsay. Under the modern principled framework for defining exceptions to the hearsay rule, a hearsay statement will be admissible for the truth of its contents if it meets the separate requirements of "necessity" and "reliability". These two requirements serve to minimize the evidentiary dangers normally associated with the evidence of an out-of-court declarant. Consistent with the spirit of this modern approach, the twin requirements of "necessity" and "reliability" must always be applied in a flexible manner. If a hearsay statement satisfies these two requirements, the trial judge may put the statement to the trier of fact, subject to appropriate safeguards and to cautions regarding weight. At the same time, this modern framework should also be applied in a manner which preserves and reinforces the integrity of the traditional rules of evidence. Accordingly, the new hearsay analysis should not permit the admission of statements which the declarant, if he or she had been available and competent at trial, would not have been able to offer into evidence

(2) *L'article 715 du Code criminel*

La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le témoignage de G à l'enquête préliminaire pouvait être lu à titre de preuve en application de l'art. 715 du *Code criminel*. Dans son libellé actuel, l'art. 715 prévoit que lorsqu'une personne qui a témoigné au cours d'un procès antérieur sur la même inculpation ou qui a témoigné au cours d'un examen de l'inculpation ou lors de l'enquête préliminaire, refuse de prêter serment ou de témoigner ou si elle est décédée, est aliénée, est trop malade pour voyager ou pour témoigner ou est absente du Canada, son témoignage peut être lu à titre de preuve dans les procédures, sans autre preuve. Ce témoignage doit aussi avoir été reçu en présence de l'accusé. Cependant, même si le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire satisfait à ces critères, l'art. 715 permet au juge du procès de conserver le pouvoir discrétionnaire résiduel d'écarter ce témoignage. Le mariage de G ne peut de toute évidence servir de motif pour admettre les transcriptions du témoignage reçu à l'enquête préliminaire puisqu'il ne représente pas un refus de témoigner: la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner empêche un conjoint de témoigner, quel que soit le choix du conjoint.

(3) *L'exception de principe à la règle du oui-dire*

*Le* juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory et Iacobucci: La Cour d'appel a eu raison de conclure que le témoignage de G fourni à l'enquête préliminaire pouvait être admis comme preuve de la véracité de son contenu par application d'une exception de principe à la règle du oui-dire reconnue en common law. La preuve au procès de déclarations faites par un témoin dans une procédure décisionnelle antérieure représente une forme de oui-dire. En vertu de l'analyse moderne fondée sur des principes pour définir les exceptions à la règle du oui-dire, une déclaration relatée sera admissible comme preuve de la véracité de son contenu si elle satisfait aux deux exigences de «nécessité» et de «fiabilité». Ces deux exigences permettent de minimiser les dangers normalement associés à la preuve d'une déclaration extrajudiciaire. Conformément à l'esprit de cette analyse moderne, la double exigence de «nécessité» et de «fiabilité» doit toujours être appliquée avec souplesse. Si une déclaration relatée satisfait à ces deux exigences, le juge du procès peut la soumettre au juge des faits, sous réserve des garanties appropriées et des mises en garde quant au poids à lui accorder. Par ailleurs, cette conception moderne devrait aussi être appliquée d'une façon qui préserve et renforce l'intégrité des règles de preuve traditionnelles. Par conséquent, la nouvelle analyse du oui-dire ne devrait pas permettre l'admission de

through direct testimony because of the operation of an evidentiary rule of admissibility.

Under the modern principled framework, hearsay evidence will be necessary in circumstances where the declarant is unavailable to testify at trial and where the party is unable to obtain evidence of a similar quality from another source. Here G was unavailable to testify on behalf of the Crown for the purposes of the necessity criterion. The prosecution could not call upon G to testify as a result of her spousal incompetency, and there was no other means of presenting evidence of a similar value before the court. The requirement of reliability will be satisfied where the hearsay statement was made in circumstances which provide sufficient guarantees of its trustworthiness. In particular, the circumstances must counteract the traditional evidentiary dangers associated with hearsay. The criterion of reliability is concerned with threshold reliability, not ultimate reliability. The ultimate reliability of the statement, and the weight to be attached to it, remain determinations for the trier of fact. A witness's testimony before a preliminary inquiry will generally satisfy this threshold test of reliability since there are sufficient guarantees of trustworthiness. The surrounding circumstances of such testimony, particularly the presence of an oath or affirmation and the opportunity for contemporaneous cross-examination, more than adequately compensate for the trier of fact's inability to observe the demeanour of the witness in court. The absence of the witness at trial goes to the weight of such testimony, not to its admissibility. G's statements before the inquiry satisfy the criterion of reliability. They were made under oath before a properly constituted preliminary inquiry, and they were subject to the opportunity of contemporaneous cross-examination by counsel for both accused. As well, G's statements were transcribed under circumstances which support their authenticity.

Even where a particular hearsay statement satisfies the criteria of necessity and reliability under the reformed framework, the statement remains subject to the judge's residual discretion to exclude the statement where its probative value is slight and undue prejudice might result to the accused. Here the trial judge should not have exercised his discretion to exclude the evidence of G's testimony before the preliminary inquiry. The risk of undue prejudice arising from her testimony did not substantially exceed the potential probative value of

déclarations que leur auteur, eût-il été disponible et habile à témoigner, n'aurait pas pu présenter directement en preuve dans sa déposition en raison de l'application d'une règle d'admissibilité.

Conformément à l'analyse moderne fondée sur des principes, il sera nécessaire de se servir d'une preuve par ouï-dire lorsque l'auteur de la déclaration ne peut témoigner au procès et que la partie n'est pas en mesure d'obtenir une preuve de qualité similaire d'une autre source. En l'espèce, aux fins de l'application du critère de la nécessité, G ne pouvait témoigner pour le compte du ministère public. Le poursuivant ne pouvait assigner G à témoigner en raison de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, et il n'existait aucun autre moyen de présenter au tribunal une preuve d'une valeur similaire. L'exigence de fiabilité sera remplie si la déclaration relatée a été faite dans des circonstances qui fournissent des garanties suffisantes de sa fiabilité. Tout particulièrement, les circonstances doivent neutraliser les dangers en matière de preuve qui ont de tout temps été associés au ouï-dire. Le critère de la fiabilité vise un seuil de fiabilité et non une fiabilité absolue. Il continue d'appartenir au juge des faits de se prononcer sur la fiabilité absolue de la déclaration et le poids à lui accorder. Un témoignage recueilli à une enquête préliminaire permettra généralement de satisfaire à ce critère de seuil de fiabilité puisqu'il fournit suffisamment de garanties de fiabilité. Les circonstances entourant ce témoignage, tout particulièrement l'existence d'un serment ou d'une affirmation et la possibilité de contre-interrogatoire au moment de la déclaration font plus que contrebalancer l'impossibilité pour le juge des faits d'observer le comportement du témoin en cour. L'absence du témoin au procès influe sur le poids et non sur l'admissibilité du témoignage. Les déclarations de G à l'enquête préliminaire satisfont au critère de la fiabilité. Elles ont été faites sous serment à une enquête préliminaire régulièrement constituée et G a pu, au moment précis de ces déclarations, être contre-interrogée par les avocats des deux accusés. De plus, les déclarations de G ont été transcrites dans des circonstances qui appuient leur authenticité.

Même dans le cas où une déclaration relatée particulière satisfait aux critères de la nécessité et de la fiabilité en vertu de l'analyse réformée, cette déclaration est toujours assujettie au pouvoir discrétionnaire résiduel que possède le juge d'exclure la déclaration lorsque sa valeur probante est faible et que l'accusé pourrait subir un préjudice indu. Le juge du procès n'aurait pas dû en l'espèce exercer son pouvoir discrétionnaire d'exclure de la preuve le témoignage de G recueilli à l'enquête préliminaire. Le risque de préjudice indu découlant du

such evidence at trial. G's prior testimony was not devoid of probative value as a result of the internal contradictions of her testimony. The simple fact of recantation does not provide a basis for the exclusion of a witness's testimony. Nor did G's exposure to numerous outside influences deprive her testimony of its potential probative value. Notwithstanding the contradictions in and outside influences upon G's testimony, the trier of fact may indeed derive significant probative value from her statements at the preliminary inquiry. Finally, the reception of G's prior testimony through a principled exception to the hearsay rule would not result in undue prejudice or unfairness to H. There is no evidence indicating how the admission of G's preliminary inquiry testimony would actually prejudice the accused and the trial process. Nor would admitting the statements undermine H's relationship with G. If G was compelled to testify at trial for the prosecution following her marriage with H, his marital harmony would indeed be jeopardized. However, his marital bond would not be similarly threatened if the prosecution simply read into evidence the testimony which G willingly gave before an adjudicative proceeding prior to the marriage.

In the balance of considerations, and notwithstanding considerations of "unfairness" to the accused in his marital relationship, the risk of prejudice arising from the admission of G's preliminary inquiry testimony did not significantly exceed the potential probative value of such evidence at trial. The trial judge should not have exercised his residual discretion to exclude her testimony, and the transcripts ought to have been put to the trier of fact, subject to appropriate safeguards and instructions. The Crown would of course be obliged to present G's preliminary inquiry testimony before the trier of fact in its entirety.

*Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.:* In determining whether statements made by a spouse prior to trial can be admitted for their substantive content as exceptions to the hearsay rule, the threshold question which must be asked is whether the evidence is precluded from being admitted because it is barred by the spousal incompetence rule. If the answer to this question is in the negative, there is no need to consider "fairness" on a case-by-case basis. The evidence obtained from the witness in this case, in the form of testimony at a preliminary inquiry, fits rather easily into the principled

témoignage de G n'était pas beaucoup plus important que l'éventuelle valeur probante de cette preuve au procès. Le témoignage antérieur de G n'était pas dépourvu de valeur probante à cause de ses contradictions internes. La simple existence d'une rétractation ne constitue pas un motif d'exclure le témoignage d'une personne. De plus, les nombreuses influences extérieures exercées sur G n'ont pas privé son témoignage de son éventuelle valeur probante. Malgré les contradictions dans le témoignage de G et les influences extérieures qu'elle a subies, le juge des faits peut fort bien accorder une valeur probante importante aux déclarations qu'elle a faites à l'enquête préliminaire. Enfin, la réception du témoignage antérieur de G en application d'une exception de principe à la règle du oui-dire n'entraînerait pas de préjudice ou d'iniquité indus pour H. Aucune preuve n'a été présentée indiquant de quelle façon l'admission du témoignage que G a fourni à l'enquête préliminaire porterait préjudice à l'accusé et au procès. De plus, l'admission des déclarations ne nuirait pas à la relation de H avec G. Si G était contrainte à témoigner au procès pour le poursuivant ultérieurement à son mariage avec H, l'harmonie conjugale serait effectivement compromise. Cependant, le lien matrimonial ne serait pas mis en danger si le poursuivant ne faisait que lire à titre de preuve le témoignage que G a volontairement donné dans le cours d'une procédure décisionnelle avant le mariage.

Dans la pondération des considérations, et nonobstant celles qui touchent l'«iniquité» envers l'accusé relativement à sa relation matrimoniale, le risque de préjudice découlant de l'admission du témoignage de G recueilli à l'enquête préliminaire n'avait pas beaucoup plus de poids que l'éventuelle valeur probante de ce témoignage au procès. Le juge du procès n'aurait pas dû exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel d'exclure le témoignage de G et les transcriptions auraient dû être soumises au juge des faits, sous réserve de mises en garde et de directives appropriées. Il va sans dire que le ministère public serait tenu de présenter au juge des faits dans son intégralité le témoignage de G recueilli à l'enquête préliminaire.

*Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé:* Pour déterminer si les déclarations faites par un conjoint avant le procès peuvent être admises comme preuve de leur contenu à titre d'exceptions à la règle du oui-dire, la question préliminaire est de savoir si la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner empêche l'admission d'une telle preuve. Si la réponse est négative, la question de l'«équité» au cas par cas ne se pose pas. La preuve obtenue du témoin dans cette affaire, par le biais du témoignage rendu à l'enquête préliminaire, s'intègre plutôt facilement dans l'exception de principe à la règle du

exception to the hearsay rule. Since it was not created in a manner which offends the spousal incompetence rule, there is no need to prevent its admission.

The spousal incompetence rule does not prevent the admission of the out-of-court statements of a spouse. The rule is grounded in the common law, and its scope is thus subject to the interpretation of the courts. The incompetence of a witness does not necessarily preclude the admission of his or her evidence by another route. Evidentiary principles which constrain the truth-seeking process should be carefully tailored so that they do not exceed what is strictly necessary to accomplish the goal for which they are designed. Two surviving policy grounds support the spousal incompetence rule: preventing the threat to marital harmony, and avoiding the natural repugnance of compelling a spouse to testify and having to witness this "spectacle" in court. Since the second rationale is not of concern where the evidence of a spouse is adduced through a hearsay exception, the question to be considered is whether a complete exclusionary rule to statements made prior to trial is warranted on the basis of marital harmony.

The marital harmony rationale becomes considerably less convincing where the evidence is tendered via a third party and not by the spouse on the witness stand. First, the spouse who makes the statement is not put through the stress of having to decide whether or not to testify, as this choice is already made by the time the trial occurs and the Crown seeks to admit the statement. Second, the husband and wife will not be put through the strain of actually sitting through the difficult testimony at trial, and having to face each other directly as accuser and accused. Finally, most of the damaging effect to the marriage will already have occurred by the trial. Balanced against this reduced threat to marital harmony are two pressing rationales which weigh heavily in favour of allowing the admission of this evidence: the recognition that the spousal incompetence rule severely hinders the freedom of individual choice, and the fact that the trial is primarily a truth-seeking inquiry.

The totality of these concerns tilts the balance decidedly in favour of admitting the evidence. The need to allow individuals to freely choose whether to speak, and the importance of the trial as a truth-seeking inquiry designed to redress harms to society, outweigh any need to prevent the reduced threat to marital harmony where

ouï-dire. Puisqu'elle n'a pas été constituée d'une façon qui contrevient à la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, il n'y a pas lieu d'en empêcher l'admission.

La règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner n'empêche pas l'admission des déclarations extrajudiciaires d'un conjoint. Cette règle est ancrée dans la common law et, par conséquent, sa portée est soumise à l'interprétation des tribunaux. L'inhabilité d'un témoin n'empêche pas nécessairement l'admission de son témoignage par un autre moyen. Les principes qui régissent la preuve lorsqu'ils permettent de restreindre le processus de recherche de la vérité doivent être soigneusement conçus de façon à ne pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de l'objectif qu'ils visent. Deux motifs de principe survivent et appuient la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner: empêcher que soit menacée l'harmonie conjugale, et éviter la répugnance naturelle à forcer un conjoint à témoigner et à devoir assister à ce "spectacle" devant le tribunal. Comme la seconde justification est sans importance si la preuve d'un conjoint est présentée par application d'une exception à la règle du ouï-dire, il reste à déterminer si l'harmonie conjugale justifie une règle d'exclusion complète de telles déclarations antérieures au procès.

La justification de l'harmonie conjugale devient beaucoup moins convaincante si la preuve est déposée par l'intermédiaire d'une tierce partie, et non par le conjoint dans la boîte aux témoins. Premièrement, le conjoint qui fait la déclaration n'a pas à subir le stress d'avoir à décider s'il doit témoigner ou non, puisque ce choix a déjà été fait au moment du procès et que le ministère public cherche à faire admettre la déclaration. Deuxièmement, les conjoints n'auront pas à subir l'épreuve du témoignage au procès ni celle de se trouver face à face l'un comme accusateur et l'autre comme accusé. Enfin, la majeure partie des effets accablants sur le mariage se seront déjà fait sentir avant le procès. D'un côté de la balance se trouve cette menace réduite pour l'harmonie conjugale, et de l'autre, deux justifications urgentes qui militent fortement en faveur de l'admission d'une telle preuve: la reconnaissance que la règle de l'inhabilité du conjoint porte sérieusement atteinte à la liberté de choix individuel, et le fait que le procès est avant tout un exercice de recherche de la vérité.

Toutes ces préoccupations font résolument pencher la balance en faveur de l'admission de la preuve. La nécessité de permettre aux personnes de choisir en toute liberté de parler et l'importance de la recherche de la vérité dans un procès destiné à réparer les torts causés à la société l'emportent sur tout besoin qui existerait

the statement is made prior to trial. It is not strictly necessary to decide the competence question here as the witness is clearly not willing to testify.

*Per La Forest J.:* The issue of competency, which it is not strictly necessary to address here since the wife in this case is unwilling to testify, would raise issues on a quite different plane from those raised by the question of compellability. A rule prohibiting a spouse from testifying if he or she so wishes raises serious questions about whether it unreasonably infringes on a person's liberty and equality interests protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Such an infringement would require justification at a level akin to that followed in the case of an alleged breach of *Charter* rights by legislative means. With respect to the wife's evidence given voluntarily at the preliminary hearing, if it is hearsay, it is admissible under the principled exception to the hearsay rule. If it is not hearsay, it is highly relevant evidence and there is no reason to reject it: it was not covered by the rule of spousal immunity, and the considerations that favour its admission under the principled exception to the hearsay rule militate against exclusion under the broad discretionary rule described in *Corbett and Potvin*.

*Per Sopinka, McLachlin and Major JJ. (dissenting):* The principled exception to the hearsay rule created by the majority to allow hearsay statements of incompetent spouses into evidence violates the policy underlying s. 4 of the *Canada Evidence Act* by forcing spouses to provide evidence against each other. The common law recognized in s. 4 of the *Canada Evidence Act* has the main policy goals of the maintenance of marital harmony and the prevention of the natural repugnance that results in having one testify against his or her accused spouse. While the policy supporting s. 4 may be seen to militate against the search for truth, for the overriding reason of marital harmony, it is grounded in statute and is recognized in the provisions of the *Canada Evidence Act* so that if it is to be changed it clearly falls to Parliament to do so. Should the previous testimony of G be used to convict H, it would violate the policy foundation of s. 4 and have the potential to destroy an otherwise successful marriage. This is so whether the evidence is given at the trial or given at the preliminary hearing before the marriage and read in at the trial. The admission of the evidence offends both the letter and the spirit of the spousal incompetence rule. The Crown would not be permitted to obtain through direct testimony the evidence it is

d'empêcher la menace réduite à l'harmonie conjugale dans le cas où la déclaration est antérieure au procès. Il n'est pas absolument nécessaire de trancher la question de l'habilité à témoigner puisque, en l'espèce, le témoin ne veut clairement pas témoigner.

*Le juge La Forest:* L'habilité à témoigner, qu'il n'est pas, à strictement parler, nécessaire d'examiner puisque l'épouse ne veut pas témoigner en l'espèce, soulèverait des questions d'un tout autre ordre de celles soulevées par la contraignabilité. Une règle qui interdit à un conjoint de témoigner lorsqu'il le désire soulève de sérieuses questions quant à savoir si elle porte abusivement atteinte aux droits à la liberté et à l'égalité protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une telle atteinte devrait être justifiée d'une façon qui s'apparente à celle qui est suivie dans le cas d'une prétendue violation, dans un texte législatif, de droits garantis par la *Charte*. En ce qui concerne le témoignage volontaire de l'épouse à l'enquête préliminaire, s'il s'agit de oui-dire, elle est admissible en vertu de l'exception de principe à la règle du oui-dire. S'il ne s'agit pas de oui-dire, c'est une preuve fort pertinente et il n'y a aucun motif de la rejeter: elle n'est pas visée par la règle de l'immunité conjugale, et les considérations favorables à l'admission de cette preuve en application de l'exception de principe à la règle du oui-dire militent contre son exclusion en vertu de la règle générale relative au pouvoir discrétionnaire décrite dans *Corbett et Potvin*.

*Les juges Sopinka, McLachlin et Major (dissidents):* L'exception de principe à la règle du oui-dire, que la majorité crée afin que puissent être acceptées en preuve des déclarations relatées par des conjoints inhabiles à témoigner, viole la politique de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* en ce sens qu'elle force les conjoints à témoigner l'un contre l'autre. La common law reconnue à l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* a pour principaux objectifs de préserver l'harmonie conjugale et d'éviter la répugnance naturelle à laquelle donne lieu le témoignage d'une personne contre un accusé qui est son conjoint. Bien que la politique qui sous-tend l'art. 4 puisse sembler aller à l'encontre de la recherche de la vérité, au nom de l'harmonie conjugale, elle est intégrée à une loi, la *Loi sur la preuve au Canada*, dont les dispositions en réaffirment le principe. Par conséquent, s'il y a une modification à lui apporter, il incombe clairement au législateur fédéral de s'en charger. L'utilisation du témoignage antérieur de G pour obtenir une déclaration de culpabilité contre H violerait la politique à la base de l'art. 4 et pourrait détruire un mariage par ailleurs réussi. Il en est ainsi, que le témoignage soit recueilli au procès ou qu'il soit recueilli à l'enquête préliminaire avant le mariage et déposé au procès.



attempting to introduce through a principled exception to the hearsay rule. G could not take the stand at trial. Reading in her testimony from the preliminary inquiry equates with forcing her to give testimony against her husband. This is using the so-called back door to overcome the prohibition acknowledged in s. 4 of the *Canada Evidence Act*. A principled exception to hearsay should not be used to allow the Crown to introduce lower quality evidence when they are barred by the spousal incompetence rule from introducing direct testimony from her to the same effect. This violates the law and is contrary to express legislative policy.

### Cases Cited

By Lamer C.J. and Iacobucci J.

**Referred to:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Hawkins* (1991), 52 O.A.C. 114, aff'd [1992] 3 S.C.R. 463; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140; *Bentley v. Cooke* (1784), 3 Doug. K.B. 422, 99 E.R. 729; *R. v. Bissell* (1882), 1 O.R. 514; *Pedley v. Wellesley* (1829), 3 C. & P. 558, 172 E.R. 545; *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *Hoskyn v. Metropolitan Police Commissioner*, [1979] A.C. 474; *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255; *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344, aff'd [1985] 2 S.C.R. 278; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Lutwak v. United States*, 344 U.S. 604 (1953); *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Snelgrove* (1906), 12 C.C.C. 189; *Cuff v. Frazee Storage & Cartage Co.* (1907), 14 O.L.R. 263; *Caufield v. The King* (1926), 48 C.C.C. 109; *R. v. Thompson*, [1982] 1 All E.R. 907; *Wright v. Doe d. Tatham* (1834), 1 Ad. & E. 3, 110 E.R. 1108; *R. v. Beeston* (1854), Dears. 405, 169 E.R. 782; *R. v. Lee* (1864) 4 F. & F. 63, 176 E.R. 468; *R. v. Hall (P.B.)*, [1973] 1 Q.B. 496; *Walkertown (Town) v. Erdman* (1894), 23 S.C.R. 352; *R. v. Scaife* (1851), 2 Den. 281, 169 E.R. 505; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980); *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Clarke* (1993), 82 C.C.C. (3d) 377, aff'd (1994), 95 C.C.C. (3d) 275, leave to appeal

L'utilisation de cet élément de preuve va à l'encontre tant de la lettre que de l'esprit de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner. Le ministère public ne pourrait présenter par un témoignage direct la preuve qu'il tente de présenter au moyen d'une exception de principe à la règle du oui-dire. G ne pourrait pas témoigner au procès. Y déposer le témoignage qu'elle a fourni à l'enquête préliminaire équivaut à la forcer à témoigner contre son mari. C'est là agir indirectement pour déroger à l'interdiction reconnue par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il ne devrait pas être permis au ministère public, au moyen d'une exception de principe à la règle du oui-dire, de présenter une preuve de moindre qualité lorsqu'il lui est interdit, en vertu de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner, de présenter le témoignage direct de ce conjoint. Une telle mesure violerait la loi et serait contraire à la politique explicite de la loi.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Hawkins* (1991), 52 O.A.C. 114, conf. par [1992] 3 R.C.S. 463; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140; *Bentley c. Cooke* (1784), 3 Doug. K.B. 422, 99 E.R. 729; *R. c. Bissell* (1882), 1 O.R. 514; *Pedley c. Wellesley* (1829), 3 C. & P. 558, 172 E.R. 545; *R. c. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201; *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *Hoskyn c. Metropolitan Police Commissioner*, [1979] A.C. 474; *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255; *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344, conf. par [1985] 2 R.C.S. 278; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Lutwak c. United States*, 344 U.S. 604 (1953); *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Snelgrove* (1906), 12 C.C.C. 189; *Cuff c. Frazee Storage & Cartage Co.* (1907), 14 O.L.R. 263; *Caufield c. The King* (1926), 48 C.C.C. 109; *R. c. Thompson*, [1982] 1 All E.R. 907; *Wright c. Doe d. Tatham* (1834), 1 Ad. & E. 3, 110 E.R. 1108; *R. c. Beeston* (1854), Dears. 405, 169 E.R. 782; *R. c. Lee* (1864) 4 F. & F. 63, 176 E.R. 468; *R. c. Hall (P.B.)*, [1973] 1 Q.B. 496; *Walkertown (Town) c. Erdman* (1894), 23 R.C.S. 352; *R. c. Scaife* (1851), 2 Den. 281, 169 E.R. 505; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *Ohio c. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980); *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Clarke* (1993), 82 C.C.C. (3d) 377, conf. par (1994), 95 C.C.C.

refused, [1995] 3 S.C.R. vi; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

By L'Heureux-Dubé J.

**Not followed:** *Ivey v. United States*, 344 F.2d 770 (1965); **referred to:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *United States v. Archer*, 733 F.2d 354 (1984); *R. v. Kobussen* (1995), 130 Sask. R. 147; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *United States v. Tsinnijinnie*, 601 F.2d 1035 (1979); *United States v. Brown*, 605 F.2d 389 (1979); *United States v. Doughty*, 460 F.2d 1360 (1972); *United States v. Cleveland*, 477 F.2d 310 (1973); *United States v. Chapman*, 866 F.2d 1326 (1989); *United States v. Donlon*, 909 F.2d 650 (1990); *Ballard v. State*, 311 S.E.2d 453 (1984); *R. v. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10; *R. v. Jean*, [1980] 1 S.C.R. 400, aff'g (1979), 7 C.R. (3d) 338; *Lloyd v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 645; *R. v. Andrew* (1986), 26 C.C.C. (3d) 111; *Rumping v. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 256; *R. v. Smithies* (1832), 5 C. & P. 332, 172 E.R. 999; *R. v. Bartlett* (1837), 7 C. & P. 832, 173 E.R. 362; *R. v. Czipps* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166.

By La Forest J.

**Referred to:** *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525.

By Major J. (dissenting)

*R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829; *Ivey v. United States*, 344 F.2d 770 (1965); *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Kobussen* (1995), 130 Sask. R. 147; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

#### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the duties of Justices of the Peace, out of Sessions, in relation to persons charged with Indictable Offences*, S.C. 1869, c. 30, s. 30.  
*Act further to amend The Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1906, c. 10, s. 1.  
*Administration of Justice Act (No. 1)* (U.K.), 11 & 12 Vict., c. 42, s. 17.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 4 [am. c. 19 (3rd Supp.)], 16, 17.

(3d) 275, autorisation de pourvoi refusée, [1995] 3 R.C.S. vi; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêt non suivi:** *Ivey c. United States*, 344 F.2d 770 (1965); **arrêts mentionnés:** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *United States c. Archer*, 733 F.2d 354 (1984); *R. c. Kobussen* (1995), 130 Sask. R. 147; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *United States c. Tsinnijinnie*, 601 F.2d 1035 (1979); *United States c. Brown*, 605 F.2d 389 (1979); *United States c. Doughty*, 460 F.2d 1360 (1972); *United States c. Cleveland*, 477 F.2d 310 (1973); *United States c. Chapman*, 866 F.2d 1326 (1989); *United States c. Donlon*, 909 F.2d 650 (1990); *Ballard c. State*, 311 S.E.2d 453 (1984); *R. c. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10; *R. c. Jean*, [1980] 1 R.C.S. 400, conf. (1979), 7 C.R. (3d) 338; *Lloyd c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 645; *R. c. Andrew* (1986), 26 C.C.C. (3d) 111; *Rumping c. Director of Public Prosecutions*, [1962] 3 All E.R. 256; *R. c. Smithies* (1832), 5 C. & P. 332, 172 E.R. 999; *R. c. Bartlett* (1837), 7 C. & P. 832, 173 E.R. 362; *R. c. Czipps* (1979), 48 C.C.C. (2d) 166.

Citée par le juge La Forest

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525.

Citée par le juge Major (dissident)

*R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829; *Ivey c. United States*, 344 F.2d 770 (1965); *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Kobussen* (1995), 130 Sask. R. 147; *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980).

#### Lois et règlements cités

*Acte concernant les devoirs des juges de paix, hors des sessions, relativement aux personnes accusées de délits poursuivables par voie d'accusation*, S.C. 1869, ch. 30, art. 30.  
*Acte modifiant de nouveau l'Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1906, ch. 10, art. 1.  
*Administration of Justice Act (No. 1)* (R.-U.), 11 & 12 Vict., ch. 42, art. 17.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 11d).

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 8(3), 120(a), 139(2), 465(1)(c), 691(2)(a), 715 [am. 1994, c. 44, s. 77].  
*Federal Rules of Evidence*, Rule 804(b)(1).  
*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 4(3) [ad. SOR/84-140, Schedule, s. 1(1)].  
*Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60, s. 80.

#### Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. Law of Evidence Project. Study Paper No. 1. *Evidence: Competence and Compellability*. Ottawa: Law Reform Commission of Canada, 1972.  
 Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.  
*Cross and Tapper on Evidence*, 8th ed. By Colin Tapper. London: Butterworths, 1995.  
 Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswell, 1982.  
 Louisell, David W., and Christopher B. Mueller. *Federal Evidence*. Rochester, New York: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1985.  
*McCormick on Evidence*, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, general editor. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1992.  
 Medine, David. "The Adverse Testimony Privilege: Time to Dispose of a 'Sentimental Relic'" (1988), 67 *Oreg. L. Rev.* 519.  
*Phipson on Evidence*, 14th ed. By M. N. Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990.  
 Regan, Milton C. Jr. "Spousal Privilege and the Meanings of Marriage" (1995), 81 *Va. L. Rev.* 2045.  
 Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.  
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.  
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 37 C.R. (4th) 229, 22 O.R. (3d) 193, 96 C.C.C. (3d) 503, 79 O.A.C. 241, allowing the Crown's appeal from the directed

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 8(3), 120a), 139(2), 465(1)c), 691(2)a), 715 [mod. 1994, ch. 44, art. 77].  
*Federal Rules of Evidence*, règle 804b(1).  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4 [mod. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.)], 16, 17.  
*Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60, art. 80.  
*Règlement sur l'immigration de 1978*, DORS/78-172, par. 4(3) [aj. DORS/84-140, Annexe, art. 1(1)].

#### Doctrines citées

Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.  
 Canada. Commission de réforme du droit. Section de recherche sur le droit de la preuve. Document préliminaire n° 1, *L'habilité et la contrainte à témoigner*. Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1972.  
*Cross and Tapper on Evidence*, 8th ed. By Colin Tapper. London: Butterworths, 1995.  
 Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*. Cowansville: Éditions Blais, 1983.  
 Louisell, David W., and Christopher B. Mueller. *Federal Evidence*. Rochester, New York: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1985.  
*McCormick on Evidence*, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, general editor. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1992.  
 Medine, David. «The Adverse Testimony Privilege: Time to Dispose of a «Sentimental Relic»» (1988), 67 *Oreg. L. Rev.* 519.  
*Phipson on Evidence*, 14th ed. By M. N. Howard, Peter Crane and Daniel A. Hochberg. London: Sweet & Maxwell, 1990.  
 Regan, Milton C. Jr. «Spousal Privilege and the Meanings of Marriage» (1995), 81 *Va. L. Rev.* 2045.  
 Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.  
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.  
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 37 C.R. (4th) 229, 22 O.R. (3d) 193, 96 C.C.C. (3d) 503, 79 O.A.C. 241, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public

acquittals of the appellants on charges of conspiracy to obstruct justice and of the appellant Hawkins on charges of corruptly accepting money and obstruction of justice. Appeals dismissed, Sopinka, McLachlin and Major JJ. dissenting.

*Peter B. Hambly*, for the appellant Hawkins.

*Harald A. Mattson*, for the appellant Morin.

*Catherine Cooper* and *Jamie Klukach*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

contre les acquittements imposés des appelants relativement à des accusations de complot en vue d'entraver la justice et de l'appellant Hawkins relativement à des accusations d'avoir par corruption accepté de l'argent et d'avoir entravé la justice. Pourvois rejetés, les juges Sopinka, McLachlin et Major sont dissidents.

*Peter B. Hambly*, pour l'appellant Hawkins.

*Harald A. Mattson*, pour l'appellant Morin.

*Catherine Cooper* et *Jamie Klukach*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

<sup>1</sup> THE CHIEF JUSTICE AND IACOBUCCI J. — The co-appellant Kevin Roy Hawkins was a police officer with the Waterloo Regional Police Force. Pursuant to an internal investigation of Hawkins conducted in 1987-88, the Crown believed that Hawkins had provided the co-appellant Claude Morin, a former president of the Satan's Choice Motor Cycle Club, with confidential information concerning police surveillance of the Club in return for money. The key figure in the Crown's investigation was Cherie Graham, the girlfriend of Hawkins. At the time of the preliminary inquiry, the Crown called Graham as a competent and compellable witness, and Graham made a number of statements under oath and cross-examination which incriminated Hawkins. However, shortly after this appearance, Graham retained her own counsel and sought to testify again. This application was granted, and, in her subsequent testimony, Graham recanted key portions of her previous statements, offering explanations with respect to the events in question that were in direct contradiction to what she had previously told the court. Following the completion of the preliminary inquiry, and prior to trial, Graham and Hawkins were legally married.

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE IACOBUCCI — Le coappellant Kevin Roy Hawkins était un policier au service du corps de police régional de Waterloo. À la suite d'une enquête interne sur Hawkins menée en 1987 et 1988, le ministère public croyait que Hawkins avait, en contrepartie d'une somme d'argent, donné au coappellant Claude Morin, ancien président du club de motards Satan's Choice, des renseignements confidentiels au sujet d'une surveillance du club par la police. La principale témoin à l'enquête du ministère public était Cherie Graham, la petite amie de Hawkins. À l'enquête préliminaire, le ministère public a assigné Graham à titre de témoin habile à témoigner et contraignable et, au cours de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire, celle-ci a fait des déclarations sous serment qui incriminaient Hawkins. Cependant, peu de temps après avoir comparu, Graham a retenu les services d'un avocat et demandé à témoigner de nouveau. Cette demande a été accordée et, dans son témoignage subséquent, Graham a rétracté des parties importantes de ses déclarations antérieures, fournissant relativement aux événements en question des explications qui contredisaient directement ce qu'elle avait auparavant affirmé devant le tribunal. À la fin de l'enquête préliminaire et avant le procès, Graham et Hawkins se sont mariés.

The question in these appeals is whether the Crown should have been able to compel Graham to testify at trial, and if not, whether the Crown should have been able to read her preliminary inquiry testimony into evidence at trial. The trial judge found that Graham was not competent for the Crown, owing to the common law rule of spousal incompetence. The majority of the Court of Appeal agreed that the witness was not competent for the Crown, but held that the evidence could have been admitted pursuant to s. 715 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, or under the principled exception to the hearsay rule as developed in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, and *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740. The minority would have admitted the evidence through a modification of the common law rule of spousal incompetence, such that a spouse would only be incompetent if married to the accused person at the time of the charge.

In our view, the circumstances of this case do not warrant modifying the common law rule of spousal incompetence. Both the trial judge and the Court of Appeal were correct in holding that Graham was not a competent witness for the Crown at the trial, as she had entered into a valid and genuine marriage with the co-appellant Hawkins. The Court of Appeal was incorrect in concluding that the testimony of Graham before the inquiry could be read into evidence pursuant to s. 715 of the *Criminal Code*. However, in our opinion, the Court of Appeal was correct in concluding that the testimony could be admitted for the truth of its contents through a principled exception to the hearsay rule at common law. The statements of Graham before the preliminary inquiry satisfy the requirements of necessity and reliability under the *Khan, Smith* and *B. (K.G.)* framework. While the trial judge enjoyed a residual discretion to exclude her prior statements, we are not persuaded that the risk of prejudice to Hawkins and Morin outweighs the probative value of the statements. The Crown was entitled to put these statements to the trier of fact, subject to appropriate considerations and

La question soulevée dans les présents pourvois est de savoir si le ministère public pouvait assigner Graham à témoigner au procès et, dans la négative, si le ministère public aurait dû être autorisé à lire à titre de preuve, au procès, le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire. Le juge du procès a conclu que Graham n'était pas habile à témoigner pour le poursuivant en raison de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. La Cour d'appel à la majorité a reconnu que Graham n'était pas habile à témoigner pour le poursuivant, mais a statué que son témoignage aurait pu être admis conformément à l'art. 715 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ou en vertu de l'exception de principe à la règle du oui-dire élaborée dans les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740. Le juge minoritaire aurait admis la preuve par une modification de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner, de sorte qu'un conjoint ne serait inhabile à témoigner que s'il était marié à la personne accusée au moment de l'accusation.

À notre avis, les circonstances en l'espèce ne justifient pas la modification de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. Le juge du procès et la Cour d'appel ont eu raison de conclure que Graham n'était pas habile à témoigner pour le poursuivant au procès puisqu'elle avait contracté avec le coappellant Hawkins un mariage valide et authentique. La Cour d'appel a eu tort de conclure que le témoignage de Graham à l'enquête pouvait être lu à titre de preuve conformément à l'art. 715 du *Code criminel*. Cependant, à notre avis, la Cour d'appel a eu raison de conclure que le témoignage pouvait être admis comme preuve de la véracité de son contenu par application d'une exception de principe à la règle du oui-dire reconnue en common law. Les déclarations de Graham à l'enquête préliminaire satisfont aux exigences de nécessité et de fiabilité formulées dans les arrêts *Khan, Smith* et *B. (K.G.)*. Le juge du procès bénéficiait d'un pouvoir discrétionnaire résiduel pour écarter les déclarations antérieures de Graham, mais nous ne sommes pas convaincus que le risque de préjudice pour Hawkins et Morin l'emporte sur la valeur probante des déclarations.

instructions relating to weight. Accordingly, we would dismiss the appeals and affirm the order of a new trial.

### I. Factual and Procedural Background

4 During the early 1980s, the co-appellant Constable Kevin Roy Hawkins was assigned responsibility for gathering intelligence on the activities of motorcycle clubs, in particular the Satan's Choice Motor Cycle Club, operating within the Kitchener-Waterloo area. At the time, the co-appellant Claude Morin was the president of the Satan's Choice Club in Kitchener. Pursuant to an internal police investigation of Hawkins, the Crown believed that Hawkins had provided Morin with confidential information relating to on-going police surveillance of the Club's alleged trafficking activities, and that Hawkins had received a \$5,000 bribe from Morin in exchange for his assistance. The cornerstone of the investigation was the information provided by Cherie Graham.

5 Cherie Graham was a dancer at the Breslau Hotel in Kitchener. Hawkins met Graham at the hotel in March 1984. Hawkins was married at the time, but he soon left his wife and moved in with Graham. In the ensuing years, the two embarked on several joint financial ventures, including the management of a donut shop and the purchase and sale of a number of houses.

6 The relationship, however, was stormy and volatile and was marked by a series of separations and reconciliations. In March 1987, Graham confided in two friends (who were police officers) that Hawkins was physically abusive towards her. She also told them that Hawkins had engaged in questionable dealings with Morin. On the basis of this information, the police opened an investigation into Hawkins.

7 On June 22, 1987, in response to further threats from Hawkins, Graham formally contacted the police and was interviewed by Sgt. Doug Lawrence. During this taped conversation, Graham

Le ministère public avait le droit de présenter ces déclarations au juge des faits, sous réserve de considérations et de directives appropriées relativement à leur valeur. En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter les pourvois et de confirmer l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès.

### I. Les faits et la procédure

Au début des années 80, on avait confié au coappellant, l'agent Kevin Roy Hawkins, la tâche de recueillir des renseignements sur les activités de clubs de motards, tout particulièrement de celles du club Satan's Choice, qui opéraient dans la région de Kitchener-Waterloo. À l'époque, le coappellant Claude Morin était le président du club à Kitchener. À l'issue d'une enquête interne sur Hawkins, le ministère public croyait que Hawkins avait fourni à Morin des renseignements confidentiels au sujet d'une surveillance exercée par la police sur les activités de trafic qui auraient eu lieu au club, et que Hawkins avait reçu de Morin un pot-de-vin de 5 000 \$ pour son aide. Les renseignements fournis par Cherie Graham constituaient la pierre angulaire de l'enquête.

Cherie Graham était une danseuse à l'hôtel Breslau de Kitchener. Hawkins l'a rencontrée à cet hôtel en mars 1984. Il était marié à l'époque, mais il a bientôt quitté son épouse pour emménager avec Graham. Dans les années qui ont suivi, le couple s'est lancé dans plusieurs entreprises financières conjointes, dont la gestion d'une beignerie et l'achat et la vente de maisons.

Cependant, la relation du couple était tumultueuse et explosive et a été marquée par une série de séparations et de réconciliations. En mars 1987, Graham a confié à deux amis (des policiers) que Hawkins l'agressait physiquement. Elle leur a aussi dit que Hawkins avait des rapports louches avec Morin. Sur le fondement de ces renseignements, la police a commencé à enquêter sur Hawkins.

Le 22 juin 1987, à la suite d'autres menaces reçues de Hawkins, Graham a officiellement communiqué avec la police et elle a été interrogée par le sergent Doug Lawrence. Pendant la conversa-

disclosed more details of her boyfriend's involvement with Morin. More specifically, she stated that Hawkins had received \$5,000 from Morin in exchange for information relating to on-going police investigations, and that Hawkins was expecting to receive a further \$7,000 to \$10,000 from a planned drug transaction. On November 28, 1987, Graham met with Sergeant Lawrence again. During that brief conversation (also taped), Graham generally confirmed her previous statements. She also said that Hawkins had become increasingly suspicious of her, and that she feared for her safety.

On November 29 and 30, Hawkins spoke with Inspector J. MacDonald on the telephone. He asked the inspector whether marriage to Graham would render her non-compellable. A week later, Hawkins made similar inquiries to Staff Sergeant Koniuch and the two men concluded that spouses were competent but not compellable to testify against one another. Hawkins then said to Koniuch: "I guess I'm going to have to marry her".

On January 29, 1988, Hawkins and Morin were jointly charged with conspiracy to obstruct justice under ss. 465(1)(c) and 139(2) of the *Criminal Code*. Hawkins was also charged with having corruptly accepted money and obstruction of justice under ss. 120(a) and 139(2) of the *Code*. Over the following months, Graham and Hawkins stayed in contact and met to discuss the possibility of marriage as a means of preventing Graham's testifying at trial.

At the end of March, Hawkins, his lawyer and Graham met to discuss the effects of marriage upon Graham's competence and compellability for the Crown. On June 16, 1988, Hawkins spoke to Constable Stuebing about marrying Graham so that she would be incompetent for the Crown.

tion enregistrée, Graham a divulgué d'autres détails au sujet des rapports entre Hawkins et Morin. Plus particulièrement, elle a mentionné que Hawkins avait reçu de Morin une somme de 5 000 \$ en échange de renseignements concernant les enquêtes policières en cours et que Hawkins s'attendait à recevoir une autre somme de 7 000 \$ à 10 000 \$ relativement à une opération de drogue prévue. Le 28 novembre 1987, Graham a de nouveau rencontré le sergent Lawrence. Au cours de la brève conversation (également enregistrée) qu'ils ont eue, Graham a dans l'ensemble confirmé ses déclarations antérieures. Elle a aussi dit que Hawkins avait de plus en plus de soupçons à son égard et qu'elle craignait pour sa sécurité.

Les 29 et 30 novembre, Hawkins a parlé à l'inspecteur J. MacDonald au téléphone. Il lui a demandé si Graham deviendrait un témoin non contraignable s'il l'épousait. Une semaine plus tard, Hawkins a fait une demande similaire au sergent d'état-major Koniuch et les deux hommes ont conclu que les conjoints étaient des témoins habiles à témoigner, mais non contraignables pour témoigner l'un contre l'autre. Hawkins a alors dit à Koniuch: [TRADUCTION] «Je crois bien que je vais devoir l'épouser».

Le 29 janvier 1988, Hawkins et Morin ont été accusés conjointement de complot en vue d'entraver la justice, en contravention de l'al. 465(1)(c) et du par. 139(2) du *Code criminel*. Hawkins a également été accusé d'avoir par corruption accepté de l'argent et d'avoir entravé la justice en contravention de l'al. 120(a) et du par. 139(2) du *Code*. Au cours des mois qui ont suivi, Graham et Hawkins sont demeurés en contact et se sont rencontrés pour examiner la possibilité de se marier comme moyen d'empêcher Graham de témoigner au procès.

À la fin de mars, Hawkins, son avocat et Graham se sont rencontrés pour examiner les effets du mariage sur l'habilité à témoigner et la contraignabilité de Graham pour le poursuivant. Le 16 juin 1988, Hawkins a parlé à l'agent Stuebing d'une possibilité d'épouser Graham pour qu'elle devienne inhabile à témoigner pour le poursuivant.

8

9

10

11 In July 1988, Graham left Hawkins to enter the witness protection program.

12 A preliminary inquiry was convened on September 7 and 8, 1988. The Crown called Graham as a competent and compellable witness. Under oath, Graham described her abusive relationship with Hawkins, and repeated the contents of her two conversations with Sergeant Lawrence. In particular, she testified that Hawkins and Morin were friends. Morin would frequently call Hawkins at home during the evenings, and Hawkins would then go and meet Morin. Graham stated that one night Hawkins came home with an envelope containing \$5,000 which he told her Morin had given him in exchange for information in relation to police surveillance. She stated that Hawkins told her that he was expecting to receive another \$7,000 to \$10,000 from Morin in relation to a narcotic transaction, but the transaction ultimately fell through. Graham further testified that Hawkins had brought photographs of bikers and copies of police files on individual bikers to their home which he later gave to Morin. Finally, she acknowledged that she and Hawkins had previously discussed marriage as a means of avoiding her appearance before the court. Graham's testimony was subject to cross-examination by four defence counsel (counsel for the two appellants, as well as counsel for two other accused), but she stood by the substance of her statements. Her testimony was transcribed, but it was not completely recorded on audiotapes.

13 On October 3, 1988, Graham retained independent counsel and asked the court to be recalled as a witness. The judge granted her request over the Crown's objection, and a continuation of the inquiry was scheduled for January 19, 1989, and February 20, 1989. In the intervening period, Graham removed herself from the witness protection program and reconciled with Hawkins. The couple purchased a house together, but Hawkins continued to live in a separate apartment. A judi-

En juillet 1988, Graham a rompu avec Hawkins pour participer au programme de protection des témoins.

Une enquête préliminaire a été convoquée pour les 7 et 8 septembre 1988. Le ministère public a assigné Graham comme témoin habile à témoigner et contraignable. Sous serment, Graham a décrit la relation violente qu'elle avait avec Hawkins, et a répété le contenu des deux conversations qu'elle avait eues avec le sergent Lawrence. Elle a tout particulièrement témoigné que Hawkins et Morin étaient des amis. Morin appelait fréquemment Hawkins à la maison pendant la soirée et Hawkins sortait pour aller le rencontrer. Graham a affirmé qu'un soir Hawkins est revenu à la maison avec une enveloppe contenant 5 000 \$. Il lui a dit que cette somme lui avait été remise par Morin en contrepartie de renseignements concernant la surveillance policière. Elle a affirmé que Hawkins lui avait dit qu'il s'attendait à recevoir de Morin une autre somme de 7 000 \$ à 10 000 \$ relativement à une opération de stupéfiants, mais que cette opération n'avait finalement pas eu lieu. Graham a également témoigné que Hawkins avait apporté à la maison des photographies de motards ainsi que des dossiers de police sur des motards particuliers, et qu'il les avait remis à Morin. Enfin, elle a reconnu avoir déjà examiné avec Hawkins la possibilité de se marier comme moyen d'empêcher sa comparution devant le tribunal. Graham a été contre-interrogée par quatre avocats de la défense (les avocats des deux appelants et les avocats de deux autres accusés), et elle a maintenu le fond de ses déclarations. Son témoignage a été transcrit, mais il n'a pas été complètement enregistré sur bandes sonores.

Le 3 octobre 1988, Graham a retenu les services d'un avocat indépendant et a demandé au tribunal d'être de nouveau assignée comme témoin. Le juge a accédé à la demande malgré l'objection du ministère public, et l'enquête s'est poursuivie le 19 janvier et le 20 février 1989. Entre-temps, Graham a abandonné le programme de protection des témoins et s'est réconciliée avec Hawkins. Le couple a acheté une maison ensemble, mais Hawkins a continué de vivre dans un appartement séparé. En



cial order was issued in December prohibiting Hawkins from communicating with Graham, but it appears that she nonetheless continued to communicate with Hawkins.

In her second appearance before the inquiry, Graham recanted most of her earlier testimony with respect to Hawkins' alleged corrupt dealings with Morin. She explained that most of her previous testimony, as well as her earlier recorded conversations with Sergeant Lawrence, had been coached by the police. She did not retract her previous statements in relation to her fear of Hawkins, his threats of abuse and violence, his threats to her life, his friendly connections with Morin, or her discussions with Hawkins on marriage as a means for preventing her from testifying at trial.

Hawkins and Morin were committed to stand trial on March 21, 1989. One week later, Hawkins and Graham obtained a marriage licence, and, on March 31, 1989, they were married. At the date of this Court's hearing, the couple remained married.

## II. Relevant Statutory Provisions

### A. *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46

715. (1) Where, at the trial of an accused, a person whose evidence was given at a previous trial on the same charge, or whose evidence was taken in the investigation of the charge against the accused or on the preliminary inquiry into the charge, refuses to be sworn or to give evidence, or if facts are proved on oath from which it can be inferred reasonably that the person

- (a) is dead,
- (b) has since become and is insane,
- (c) is so ill that he is unable to travel or testify, or
- (d) is absent from Canada,

and where it is proved that the evidence was taken in the presence of the accused, it may be read as evidence in the proceedings without further proof, unless the

décembre, un tribunal a rendu une ordonnance interdisant à Hawkins de communiquer avec Graham, mais il semble qu'elle ait néanmoins continué de communiquer avec Hawkins.

Lors de sa deuxième comparution à l'enquête préliminaire, Graham a rétracté la majeure partie de son témoignage antérieur relativement aux manœuvres frauduleuses que Hawkins aurait fomentées avec Morin. Elle a expliqué que la police l'avait préparée pour la majeure partie de son témoignage antérieur et pour les conversations enregistrées qu'elle avait eues avec le sergent Lawrence. Elle n'a pas rétracté ses déclarations antérieures sur la crainte qu'elle avait de Hawkins, sur les menaces d'agression, de violence et de mort qu'il avait proférées à son endroit, sur ses rapports d'amitié avec Morin ni sur les discussions qu'elle avait eues avec Hawkins selon lesquelles le mariage constituait un moyen de l'empêcher de témoigner au procès.

Hawkins et Morin ont été renvoyés à procès le 21 mars 1989. Une semaine plus tard, Hawkins et Graham ont obtenu une licence de mariage et ils se sont mariés le 31 mars 1989. À la date de l'audition devant notre Cour, le couple était toujours marié.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

### A. *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

715. (1) Lorsque, au procès d'un accusé, une personne qui a témoigné au cours d'un procès antérieur sur la même inculpation ou qui a témoigné au cours d'un examen de l'inculpation contre l'accusé ou lors de l'enquête préliminaire sur l'inculpation, refuse de prêter serment ou de témoigner, ou si sont établis sous serment des faits dont il est raisonnablement permis de conclure que la personne, selon le cas:

- a) est décédée;
- b) est depuis devenue aliénée et est aliénée;
- c) est trop malade pour voyager ou pour témoigner;
- d) est absente du Canada,

et s'il est établi que son témoignage a été reçu en présence de l'accusé, ce témoignage peut être lu à titre de preuve dans les procédures, sans autre preuve, à moins

14

15

16

accused proves that the accused did not have full opportunity to cross-examine the witness.

B. *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5

4. (1) Every person charged with an offence, and, except as otherwise provided in this section, the wife or husband, as the case may be, of the person so charged, is a competent witness for the defence, whether the person so charged is charged solely or jointly with any other person.

(2) The wife or husband of a person charged with an offence against subsection 50(1) of the *Young Offenders Act* or with an offence against any of sections 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3), or sections 170 to 173, 179, 212, 215, 218, 271 to 273, 280 to 283, 291 to 294 or 329 of the *Criminal Code*, or an attempt to commit any such offence, is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

(3) No husband is compellable to disclose any communication made to him by his wife during their marriage, and no wife is compellable to disclose any communication made to her by her husband during their marriage.

(4) The wife or husband of a person charged with an offence against any of sections 220, 221, 235, 236, 237, 239, 240, 266, 267, 268 or 269 of the *Criminal Code* where the complainant or victim is under the age of fourteen years is a competent and compellable witness for the prosecution without the consent of the person charged.

(5) Nothing in this section affects a case where the wife or husband of a person charged with an offence may at common law be called as a witness without the consent of that person.

(6) The failure of the person charged, or of the wife or husband of that person, to testify shall not be made the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution.

### III. Judgments Below

#### A. *Ontario District Court — Motion*

In a pre-trial motion before LeSage Dist. Ct. J. (as he then was), the Crown sought a declaration that Graham was a competent and compellable witness for the Crown. The Crown argued that the

que l'accusé n'établisse qu'il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin.

#### B. *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5

4. (1) Toute personne accusée d'infraction, ainsi que, sauf disposition contraire du présent article, le conjoint de la personne accusée, est habile à témoigner pour la défense, que la personne ainsi accusée le soit seule ou conjointement avec une autre personne.

(2) Le conjoint d'une personne accusée soit d'une infraction visée au paragraphe 50(1) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, ou à l'un des articles 151, 152, 153, 155 ou 159, des paragraphes 160(2) ou (3) ou des articles 170 à 173, 179, 212, 215, 218, 271 à 273, 280 à 283, 291 à 294 ou 329 du *Code criminel*, soit de la tentative d'une telle infraction, est un témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(3) Nul ne peut être contraint de divulguer une communication que son conjoint lui a faite durant leur mariage.

(4) Le conjoint d'une personne accusée d'une infraction visée à l'un des articles 220, 221, 235, 236, 237, 239, 240, 266, 267, 268 ou 269 du *Code criminel*, lorsque le plaignant ou la victime est âgé de moins de quatorze ans, est un témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant sans le consentement de la personne accusée.

(5) Le présent article n'est pas applicable au cas où le conjoint d'une personne accusée d'une infraction peut, d'après la *common law*, être appelé à témoigner sans le consentement de cette personne.

(6) Le défaut de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat du poursuivant.

### III. Les juridictions inférieures

#### A. *La Cour de district de l'Ontario — Requête*

Dans une requête préliminaire entendue par le juge LeSage (maintenant juge en chef adjoint de la Cour de l'Ontario), le ministère public a cherché à faire déclarer que Graham était un témoin habile à

marriage was a “sham” entered into for the sole purpose of preventing Graham from being called as a prosecution witness at trial. Alternatively, the Crown argued that Graham’s prior testimony before the preliminary inquiry was admissible under s. 715 of the *Code*.

On July 27, 1990, LeSage Dist. Ct. J. denied the motion. He concluded that the marriage was “valid and legitimate”, and did not represent a “sham”. As well, he held that s. 715 could not be used to circumvent the common law rule of spousal incompetence. Upon a further motion by the appellants, on December 24, 1990, LeSage J. stayed the prosecution on grounds of unreasonable delay. However, the Ontario Court of Appeal subsequently set aside the stay and remitted the matter to the General Division for trial: (1991), 52 O.A.C. 114, aff’d [1992] 3 S.C.R. 463.

#### B. Ontario Court (General Division) — Trial

At the outset of the trial, a new motion was brought before Philp J. to have Graham declared a competent and compellable witness for the Crown. While the Crown abandoned its original position, conceding that the marriage was genuine, it now contended that, since one of the purposes of the marriage was to frustrate the administration of justice, the traditional common law rule should not be allowed to operate. In support of its position, the Crown relied on Hawkins’ inquiries to his fellow officers, and Graham’s admission before the preliminary inquiry that the couple had discussed marriage as a means of avoiding her appearance at trial. The Crown also continued to argue that even if Graham was not competent and compellable, her original testimony before the preliminary inquiry ought to be admitted under s. 715 of the *Code*, or under a principled exception to the hearsay rule.

témoigner et contraignable pour le poursuivant. Le ministère public a dit que le mariage était une [TRADUCTION] «façade» et visait seulement à faire en sorte que Graham ne puisse être assignée comme témoin à charge au procès. Subsidiairement, le ministère public a affirmé que le témoignage antérieur de Graham à l’enquête préliminaire était admissible en vertu de l’art. 715 du *Code*.

Le 27 juillet 1990, le juge LeSage a rejeté la requête. Il a conclu que le mariage était [TRADUCTION] «valable et légitime» et n’était pas une «façade». Par ailleurs, il a statué que l’art. 715 ne pouvait être utilisé pour contourner la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. Relativement à une autre requête déposée par les appelants, le juge LeSage a, le 24 décembre 1990, ordonné un arrêt des procédures sur le fondement d’un délai déraisonnable. Cependant, la Cour d’appel de l’Ontario a ultérieurement annulé cet arrêt des procédures et renvoyé l’affaire à la Division générale pour audition: (1991), 52 O.A.C. 114; conf. par [1992] 3 R.C.S. 463.

#### B. La Cour de l’Ontario (Division générale) — Le procès

Au début du procès, le juge Philp a entendu une nouvelle requête visant à faire déclarer Graham témoin habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant. Bien que le ministère public ait abandonné sa position initiale et reconnu que le mariage était authentique, il soutenait que la règle traditionnelle de common law ne devrait pas s’appliquer puisque l’une des fins du mariage était de faire obstacle à l’administration de la justice. À l’appui de sa position, le ministère public se fondait sur les renseignements que Hawkins avait demandés à ses collègues et sur l’admission par Graham à l’enquête préliminaire que le couple avait discuté du mariage comme moyen d’empêcher sa comparution au procès. Le ministère public a aussi continué d’affirmer que, même si Graham n’était pas un témoin habile et contraignable, le témoignage qu’elle a fourni à l’enquête préliminaire devrait être admis en vertu de l’art. 715 du *Code*, ou en vertu d’une exception de principe à la règle du oui-dire.

20 Philp J. denied the motion. He found that Graham was not a competent or compellable witness for the Crown. He acknowledged the incremental change to the common law rule made by this Court in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, but declined to create a new exception to the rule where the accused has entered into a "marriage of convenience". He concluded that such an exception would be contrary to the very purpose of spousal incompetence, which is "to preserve marital harmony and also to prevent the natural repugnancy that results in a spouse testifying against his or her accused spouse".

21 Philp J. further found that Graham's preliminary inquiry testimony could not be admitted under s. 715 of the *Code*. In his view, the spousal incompetency of Graham did not amount to a refusal to give evidence, as required by the section. In the alternative, Philp J. found that admitting the evidence would operate unfairly against Hawkins. Therefore, he chose to exercise his discretion, which is preserved by s. 715, to exclude evidence which would unduly prejudice the accused. The prejudice would arise from the difficulty facing the trier of fact in judging the truthfulness of Graham's statements from written transcripts or from the playing of audio tapes. Philp J. also found that it would be unfair to permit the Crown to read Graham's preliminary inquiry testimony into evidence when it was barred from admitting the same evidence through direct testimony.

22 Finally, Philp J. held that Graham's prior testimony could not be admitted under a principled exception to the hearsay rule pursuant to *Khan*, *Smith*, and *B. (K.G.)*. The trial judge was satisfied that the requirement of necessity was met, but he was not persuaded that the prior testimony before the inquiry was sufficiently reliable. He was particularly troubled by the fact that the jury would not have the opportunity to observe the demeanour and expressions of Graham in the witness box. Furthermore, he underscored the contradictory nature of her successive statements, and the numerous exter-

Le juge Philp a rejeté la requête. À son avis, Graham n'était ni habile à témoigner ni contraignable pour le poursuivant. Il a reconnu le changement progressif que notre Cour avait apporté à la règle de common law dans l'arrêt *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, mais il a refusé de créer une nouvelle exception à cette règle dans un cas où l'accusé avait contracté un [TRADUCTION] «mariage de convenance». Il a conclu qu'une telle exception serait contraire à l'objet même de l'inhabilité à témoigner du conjoint, qui est [TRADUCTION] «de préserver l'harmonie conjugale et d'empêcher la répugnance naturelle qu'éprouve une personne à témoigner contre un accusé qui est son conjoint».

Le juge Philp a aussi conclu que le témoignage de Graham à l'enquête préliminaire ne pouvait être admis en vertu de l'art. 715 du *Code*. À son avis, l'inhabilité à témoigner du conjoint applicable à Graham n'équivalait pas à un refus de témoigner, comme l'exige la disposition en question. Subsidièrement, il a affirmé que l'admission du témoignage serait inéquitable pour Hawkins. Il a par conséquent décidé d'exercer le pouvoir discrétionnaire, maintenu par l'art. 715, d'exclure la preuve qui pourrait causer un préjudice indu à l'accusé. Le préjudice résulterait du fait qu'il serait difficile pour le juge des faits de juger de la véracité des déclarations de Graham à partir de transcriptions écrites ou de l'écoute de bandes sonores. Le juge Philp a également statué qu'il serait inéquitable de permettre au ministère public de lire à titre de preuve le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire alors que ce témoignage ne pourrait être admis s'il était déposé directement.

Enfin, le juge Philp a statué que le témoignage antérieur de Graham ne pouvait être admis en application d'une exception de principe à la règle du ouï-dire, conformément aux arrêts *Khan*, *Smith* et *B. (K.G.)*. Le juge du procès était convaincu qu'il avait été satisfait à l'exigence de nécessité, mais il n'était pas persuadé que le témoignage antérieur recueilli à l'enquête préliminaire était suffisamment fiable. Il était tout particulièrement troublé par le fait que le jury n'aurait pas eu l'occasion d'observer le comportement et l'expression de Graham à la barre. Par ailleurs, il a fait ressortir

nal influences which may have permanently contaminated her testimony. As he explained:

... because of the events leading up to the giving of the two versions, the involvement of the police, the involvement of Mr. Hawkins, and the many threats made against Ms. Graham, the beatings to which she was subjected and the promises apparently held out to her by the police, as well as the apparent influence the police had on her in obtaining the statements, and then the subsequent testimony in September which was given while she was under the witness protection programme, then the subsequent January recantation after having spent some time back with her husband, I cannot find the necessary ingredient of reliability necessary to allow her prior evidence to be read into this trial.

He noted that, even if the statements satisfied the requirements of reliability and necessity, they should nonetheless be excluded because the risk of prejudice outweighed the probative value of the evidence. Furthermore, the creation of a principled exception in this instance would undermine the purpose of the common law rule of spousal incompetency and endanger the harmony of the accused's marriage.

Following the ruling on the motion, the Crown decided that it would not offer any evidence in support of a conviction. Accordingly, the jury rendered directed acquittals of the two appellants on May 25, 1993.

C. *Ontario Court of Appeal* (1995), 37 C.R. (4th) 229

1. Arbour J.A. (Galligan J.A. concurring)

On February 28, 1995, a majority of the Ontario Court of Appeal allowed the appeal. Arbour J.A. found that Graham was incompetent and uncompetent to testify against Hawkins, as the marriage between Graham and Hawkins was still in existence. In her view, so long as the marriage is not fraudulent or a sham, marital partners are entitled to the full legal benefits which the union entails.

la nature contradictoire de ses déclarations successives, ainsi que les nombreuses influences extérieures qui ont peut-être contaminé à jamais son témoignage. Il a affirmé:

[TRADUCTION] ... en raison des événements qui ont abouti à la formulation des deux versions des faits, soit le rôle de la police, celui de M. Hawkins, les nombreuses menaces proférées contre M<sup>me</sup> Graham, les raclées dont elle a été victime, les promesses que lui aurait apparemment faites la police, le rôle apparent de la police dans l'obtention des déclarations et du témoignage subséquent de Graham au cours du mois de septembre pendant qu'elle bénéficiait du programme de protection des témoins, et la rétractation subséquente qu'elle a faite en janvier après avoir passé un certain temps avec son époux, je ne puis conclure à l'existence de l'élément de fiabilité nécessaire pour que son témoignage antérieur puisse être lu à titre de preuve au procès.

Il a affirmé que les déclarations, même si elles répondaient aux exigences de fiabilité et de nécessité, devraient néanmoins être écartées parce que le risque de préjudice l'emportait sur la valeur probante du témoignage. De plus, à son avis, la création en l'espèce d'une exception de principe irait à l'encontre de l'objet de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner et compromettrait l'harmonie du mariage de l'accusé.

Après le jugement sur la requête, le ministère public a décidé de ne pas présenter de preuve à l'appui d'une déclaration de culpabilité. Le 25 mai 1993, le jury a donc rendu des verdicts imposés d'acquiescement relativement aux deux appelants.

C. *La Cour d'appel de l'Ontario* (1995), 37 C.R. (4th) 229

1. Le juge Arbour (avec l'appui du juge Galligan)

Le 28 février 1995, la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité a accueilli l'appel. Le juge Arbour a conclu que Graham était un témoin inhabile à témoigner et non contraignable contre Hawkins, puisque leur mariage existait toujours. À son avis, dans la mesure où le mariage n'était ni frauduleux ni une façade, les conjoints mariés ont droit à tous les avantages juridiques que comporte l'union. Elle

She rejected the Crown's invitation to create an exception to the common law rule.

a rejeté l'invitation du ministère public de créer une exception à la règle de common law.

25 However, Arbour J.A. found that Graham's previous testimony before the preliminary inquiry could be admitted under s. 715 of the *Code*. She was of the view that Graham's decision to wed Hawkins was equivalent to a "refusal to testify", as "[Graham] deliberately put herself beyond the reach of the court" (p. 242). Unlike the trial judge, Arbour J.A. was satisfied that the admission of the statements under s. 715 would not result in unfairness to the accused. She did not believe that it would be unfair for the jury to weigh the contradictory statements without an opportunity to witness Graham's demeanour in the stand. Furthermore, the admission of such statements through s. 715 would not indirectly circumvent the purpose of the spousal incompetency rule. As she explained (at pp. 243-44), "Cherie Graham cannot be called by the Crown to give evidence. It does not follow, however, that her evidence is inadmissible if it can be put before the court by some other means".

Cependant, le juge Arbour a déterminé que le témoignage antérieur de Graham à l'enquête préliminaire pouvait être admis en vertu de l'art. 715 du *Code*. Elle était d'avis que la décision de Graham d'épouser Hawkins équivalait à un [TRADUCTION] «refus de témoigner», puisque «[Graham] s'est délibérément mise hors de portée du tribunal» (p. 242). Contrairement au juge du procès, le juge Arbour était convaincue que l'admission des déclarations en vertu de l'art. 715 ne serait pas inéquitable pour l'accusé. Selon elle, il n'était pas inéquitable pour le jury d'examiner les déclarations contradictoires même s'il n'avait pas eu l'occasion d'observer le comportement de Graham à la barre. Par ailleurs, l'admission de ces déclarations en application de l'art. 715 n'aurait pas pour effet de contrevenir indirectement à l'objet de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner. Comme elle l'explique (aux pp. 243 et 244): [TRADUCTION] «Cherie Graham ne peut être assignée à témoigner par le ministère public. Cependant, il ne s'ensuit pas que son témoignage est inadmissible s'il peut être présenté au tribunal par un autre moyen».

26 Alternatively, Arbour J.A. was persuaded that the statements could be admitted under a principled exception to the hearsay rule pursuant to *Khan, Smith, and B. (K.G.)*. The dual criteria of necessity and reliability were both satisfied in this instance. She agreed that it was reasonably necessary to admit the hearsay evidence of Graham, because of her unavailability for trial. With regard to reliability, while there were serious contradictions in Graham's testimony, Arbour J.A. stressed that "when reliability is used as a condition of admissibility of hearsay evidence, it must not be confused with the ultimate reliability or truth of the hearsay statement" (p. 245). Rather, the examination of reliability must focus on circumstantial guarantees of trustworthiness, in particular, the opportunity of contemporaneous cross-examination, the administration of an oath, and the presence of the declarant in court. While the admission of Graham's previous testimony would lack the third circumstantial guarantee of trustworthiness,

Subsidiairement, le juge Arbour était convaincue que les déclarations pouvaient être admises en vertu d'une exception de principe à la règle du oui-dire conformément aux arrêts *Khan, Smith, et B. (K.G.)*. Il a été satisfait en l'espèce au double critère de la nécessité et de la fiabilité. Le juge a reconnu qu'il était raisonnablement nécessaire d'admettre la preuve par oui-dire de Graham parce qu'elle ne pouvait pas témoigner au procès. Pour ce qui est de la fiabilité, en dépit des graves contradictions dans le témoignage de Graham, le juge Arbour a fait ressortir que, [TRADUCTION] «lorsque la fiabilité est utilisée comme une condition de l'admissibilité de la preuve par oui-dire, ce critère ne doit pas être confondu avec la fiabilité ou la véracité ultimes de la déclaration relatée» (p. 245). L'examen de la fiabilité doit plutôt mettre l'accent sur les garanties circonstanciées de fiabilité, tout particulièrement, la possibilité de contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration, l'assermentation et la présence de l'auteur de la déclara-

Arbour J.A. nonetheless concluded that the statements were sufficiently reliable (at pp. 249-50):

The evidence which [the Crown] sought to have admitted in this case was an accurately recorded sworn statement which was fully cross-examined in the presence of the respondents by their counsel. I do not wish to overstate the importance of actual cross-examination. A mere opportunity to cross-examine may suffice to render the statement admissible, as is the case under s. 715 of the Code. In this case, a full cross-examination did take place. Thus, the only possible hearsay danger that would stand in the way of admissibility is what was referred to in *K.G.B.* as "presence". Considering the circumstantial guarantees of trustworthiness offered by the oath and cross-examination, that single factor is insufficient, in my opinion, to provide a principled basis upon which to bar the admissibility of Cherie Graham's evidence. Had she died, become ill, left the country, or had she stated in court that she refused to testify, the Crown would have been entitled to introduce her evidence given at the preliminary inquiry without having to show that it was "reliable". I can find nothing in the principles upon which the hearsay rule is based which commands a different result in this case. [Emphasis added.]

She rejected the claim that the admission of such evidence under a principled exception would operate unfairly against the accused, maintaining that, if Hawkins needed to, he could always call Graham as a witness (at p. 250):

I find the proposition that an accused is being treated unfairly by being deprived an opportunity to cross-examine the evidence of a witness that only he can call to be untenable.

Thus, subject to proper instructions to the jury, Arbour J.A. would have permitted Graham's testimony to be read into evidence at trial.

tion devant le tribunal. Bien que l'admission du témoignage antérieur de Graham ne réponde pas à la troisième garantie circonstancielle de fiabilité, le juge Arbour a néanmoins conclu que les déclarations étaient suffisamment fiables (aux pp. 249 et 250):

[TRADUCTION] La preuve que [le ministère public] a cherché à faire admettre en l'espèce était une déclaration sous serment fidèlement enregistrée, qui a donné lieu au contre-interrogatoire voulu par les avocats des intimés en présence de ces derniers. Je ne veux pas exagérer l'importance du contre-interrogatoire. Une simple possibilité de contre-interrogatoire peut suffire à rendre la déclaration admissible, comme c'est le cas en vertu de l'art. 715 du Code. Il y a eu en l'espèce un contre-interrogatoire complet. En conséquence, le seul danger possible du oui-dire qui empêcherait l'admissibilité d'une déclaration est ce que l'on a appelé la «présence du témoin» dans l'arrêt *B. (K.G.)*. Vu les garanties circonstancielles de fiabilité d'une déclaration qui a été faite sous serment et a donné lieu à un contre-interrogatoire, ce facteur seul ne suffit pas, à mon avis, à offrir un principe sur le fondement duquel pourrait être écartée l'admissibilité du témoignage de Cherie Graham. Si elle était décédée, était devenue malade, avait quitté le pays ou avait déclaré en cour qu'elle aurait refusé de témoigner, le ministère public aurait eu le droit de présenter le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire sans avoir à en démontrer la «fiabilité». À mon avis, il n'y a rien dans les principes sur lesquels se fonde la règle du oui-dire, qui commande un résultat différent en l'espèce. [Je souligne.]

Elle a rejeté l'argument selon lequel l'admission de ce témoignage en vertu d'une exception de principe serait inéquitable pour l'accusé, déclarant que Hawkins pouvait toujours, au besoin, assigner Graham à témoigner (à la p. 250):

[TRADUCTION] À mon avis, on ne peut défendre l'argument selon lequel un accusé est traité inéquitablement s'il est privé d'une occasion de contre-interroger un témoin que lui seul peut assigner.

En conséquence, sous réserve de directives appropriées au jury, le juge Arbour aurait permis que le témoignage de Graham soit lu à titre de preuve au procès.

2. Weiler J.A. (concurring in the result)

28

Weiler J.A. would have similarly allowed the appeal, but for different reasons. She first considered s. 4 of the *Canada Evidence Act*, and noted that it does not ratify the common law rule of spousal incompetence, but rather, presumes its existence and restricts its application in the circumstances described in subss. (2) and (4). Section 4(5) allows a spouse to be called as a witness without the consent of the other spouse where the common law permits an exception to the rule of spousal incompetence. These common law exceptions, as stated in *Salituro, supra*, are not static, but evolve over time.

29

Weiler J.A. identified two conflicting values at stake: the public interest in a fair trial and the preservation of marital harmony. Because she rejected the submission that Graham's evidence could be admitted pursuant to s. 715, she found that the only way to ensure a fair trial was to make Graham a competent and compellable witness for the Crown. This required a modification of the common law rule of spousal incompetence.

30

According to Weiler J.A., the timing of a marriage is a relevant consideration in the application of the competency rule. She referred to s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*, which says:

Nothing in this section affects a case where the wife or husband of a person charged with an offence may at common law be called as a witness without the consent of that person.

In her view, a plain reading of this section indicates that the rule of spousal incompetency should only apply to persons who were married at the time the spouse was charged. Since Hawkins married Graham following the indictment, Weiler J.A. found that the Crown could compel Graham to testify.

2. Le juge Weiler (motifs concordants quant au résultat)

Le juge Weiler aurait aussi accueilli l'appel, mais pour des motifs différents. Elle a tout d'abord examiné l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, et a fait ressortir qu'il ne ratifiait pas la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner, mais qu'il présume plutôt de son existence et en restreint l'application aux circonstances décrites aux par. (2) et (4). Le paragraphe 4(5) permet à un conjoint d'être appelé à témoigner sans le consentement de l'autre conjoint dans le cas où la common law permet une exception à la règle de l'inhabilité à témoigner d'un conjoint. Comme notre Cour le mentionne dans l'arrêt *Salituro*, précité, ces exceptions reconnues en common law ne sont pas statiques, mais évoluent avec le temps.

Le juge Weiler a affirmé qu'il y avait deux valeurs contradictoires en jeu: l'intérêt du public dans un procès équitable et le maintien de l'harmonie conjugale. Vu qu'elle a rejeté l'argument que le témoignage de Graham pouvait être admis conformément à l'art. 715, elle a conclu que la seule façon d'assurer l'équité du procès était de rendre Graham habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant. Cette conclusion nécessitait une modification de la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner.

Selon le juge Weiler, le moment du mariage est une considération pertinente dans l'application de la règle de l'habilité à témoigner. Elle renvoie au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*:

Le présent article n'est pas applicable au cas où le conjoint d'une personne accusée d'une infraction peut, d'après la *common law*, être appelé à témoigner sans le consentement de cette personne.

À son avis, le sens ordinaire de cette disposition indique que la règle de l'inhabilité à témoigner des conjoints ne devrait s'appliquer qu'aux personnes qui étaient mariées à l'époque où l'un des deux conjoints a été accusé. Puisque Hawkins a épousé Graham après la mise en accusation, le juge Weiler a conclu que le ministère public pouvait la contraindre à témoigner.



However, the modified rule would limit the spouse's testimony to conversations which occurred prior to the marriage. In this way, the competency rule would be made consistent with the spousal privilege accorded by s. 4(3) of the *Canada Evidence Act*.

In contrast to the majority, Weiler J.A. declined to admit Graham's previous testimony through the operation of s. 715. She concluded that the language of s. 715 could not be read so as to encompass a witness rendered incompetent by virtue of her "condition or state" (p. 268).

Weiler J.A. went on to hold that the statements of Graham given before the inquiry could not be read into evidence through a principled exception to the hearsay rule. In her view, the statements did not satisfy the threshold test of reliability as articulated in *Smith and B. (K.G.)*. More specifically, the statements lacked sufficient circumstantial guarantees of trustworthiness: the oath had apparently had no effect on Graham's veracity before the inquiry; and the trier of fact would have no opportunity to observe Graham's demeanour at trial.

The co-appellants appeal to this Court as of right from the overturning of an acquittal under s. 691(2)(a) of the *Code*.

#### IV. Issues

1. Did the Ontario Court of Appeal err in holding that the common law rule of spousal incompetency should not be modified in the circumstances of this case?
2. Did the Ontario Court of Appeal err in holding that transcripts of Graham's preliminary inquiry testimony could be read in at trial pursuant to s. 715 of the *Criminal Code*?
3. Did the Ontario Court of Appeal err in holding that Graham's preliminary inquiry testimony

Cependant, la règle modifiée aurait pour effet de limiter le témoignage du conjoint aux conversations qui ont eu lieu avant le mariage. La règle de l'habilité à témoigner serait ainsi compatible avec le privilège relatif aux conjoints reconnu au par. 4(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Contrairement aux juges majoritaires, le juge Weiler a refusé d'admettre le témoignage antérieur de Graham par application de l'art. 715. Elle a conclu que le texte de cet article ne pouvait être interprété de façon à inclure un témoin rendu inhabile en raison de sa [TRADUCTION] «condition ou [de son] état» (p. 268).

Le juge Weiler a ensuite conclu que les déclarations faites par Graham à l'enquête préliminaire ne pouvaient être lues à titre de preuve en raison d'une exception de principe à la règle du ouï-dire. À son avis, les déclarations ne satisfont pas au critère de seuil de fiabilité formulé dans les arrêts *Smith et B. (K.G.)*. Plus particulièrement, les déclarations ne fournissent pas suffisamment de garanties circonstanciées de fiabilité: le serment n'avait apparemment eu aucune incidence sur la véracité du témoignage de Graham à l'enquête préliminaire, et le juge des faits serait dans l'impossibilité d'évaluer le comportement de Graham au procès.

Les coappelants se pourvoient de plein droit devant notre Cour contre l'annulation d'un acquittement sur le fondement de l'al. 691(2)a) du *Code*.

#### IV. Les questions en litige

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en statuant que la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner ne devrait pas être modifiée dans les circonstances de l'espèce?
2. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en statuant que les transcriptions du témoignage de Graham à l'enquête préliminaire pouvaient être lues à titre de preuve au procès conformément à l'art. 715 du *Code criminel*?
3. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en statuant que le témoignage de

31

32

33

34

35

was admissible through a principled exception to the hearsay rule?

Graham à l'enquête préliminaire était admissible en application d'une exception de principe à la règle du oui-dire?

## V. Analysis

## V. Analyse

### A. *Should the common law rule of spousal incompetency be modified?*

### A. *La règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner devrait-elle être modifiée?*

The common law rule is that a spouse is an incompetent witness in criminal proceedings in which the other spouse is an accused, except where the charge involves the person, liberty or health of the witness spouse. See, e.g., *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140, at p. 1141; *Bentley v. Cooke* (1784), 3 Doug. K.B. 422, 99 E.R. 729; *R. v. Bissell* (1882), 1 O.R. 514 (Q.B.). The traditional rule has been modified by the passage of the *Canada Evidence Act*. Section 4(1) of the Act makes a spouse competent to testify on behalf of the accused in a criminal trial, and s. 4(2) makes the spouse both competent and compellable for the Crown for certain specified offences which generally tend to implicate the health and security of the witness spouse. But these statutory exceptions aside, the Act otherwise preserves the general common law rule that the spouse of an accused, willing or not, is not competent to testify against the accused at the behest of the Crown.

Selon la règle de common law, un conjoint est inhabile à témoigner dans des procédures criminelles dans lesquelles l'autre conjoint est un accusé, sauf si l'accusation concerne la personne, la liberté ou la santé du conjoint témoin. Voir par exemple *Lord Audley's Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140, à la p. 1141; *Bentley c. Cooke* (1784), 3 Doug. K.B. 422, 99 E.R. 729; *R. c. Bissell* (1882), 1 O.R. 514 (B.R.). La règle traditionnelle a été modifiée par l'adoption de la *Loi sur la preuve au Canada*. Le paragraphe 4(1) de cette loi rend un conjoint habile à témoigner pour l'accusé dans un procès criminel, et le par. 4(2) rend le conjoint à la fois habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant pour certaines infractions qui concernent généralement la santé et la sécurité du conjoint témoin. Cependant, mises à part ces exceptions, la Loi maintient par ailleurs la règle générale de common law que le conjoint d'un accusé, qu'il soit ou non disposé à témoigner, est inhabile à témoigner contre l'accusé pour le poursuivant.

At common law, it was well accepted that the rule of spousal incompetency renders a spouse incapable of testifying in relation to events which occurred both before and during the marriage: *Pedley v. Wellesley* (1829), 3 C. & P. 558, 172 E.R. 545. See *Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at § 2230. This principle was more recently underscored by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201. Citing common law authorities continued under s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*, Sinclair J.A. held for the Court of Appeal, at p. 203, that the Crown may not call the spouse of an accused

En common law, il est bien reconnu que, selon la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, un conjoint ne peut pas témoigner relativement à des événements qui se sont produits tant avant que pendant le mariage: *Pedley c. Wellesley* (1829), 3 C. & P. 558, 172 E.R. 545. Voir *Wigmore on Evidence* (rév. McNaughton 1961), vol. 8, au § 2230. Plus récemment, la Cour d'appel de l'Alberta a mis ce principe en évidence dans *R. c. Lonsdale* (1973), 15 C.C.C. (2d) 201. Citant les règles de common law qui continuent d'être reconnues en vertu du par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, le juge Sinclair, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, a conclu à la p. 203 que le poursuivant ne peut assigner le conjoint d'une personne accusée comme témoin habile à témoigner relati-

as a competent witness to testify in relation to events which occurred prior to the marriage.

Numerous justifications for the rule have been advanced over the history of the common law, but only two appear to have survived to the modern era. As originally noted by Lord Coke, in his *Institutes of the Laws of England*, the first justification for the rule is that it promotes conjugal confidences and protects marital harmony. The second justification is that the rule prevents the indignity of conscripting an accused's spouse to participate in the accused's own prosecution. Wigmore describes this latter justification as the "*natural repugnance* in every fair-minded person to compelling a wife or husband to be the means of the other's condemnation, and to compelling the culprit to the humiliation of being condemned by the words of his intimate life partner" (emphasis in original): *Wigmore on Evidence, supra*, vol. 8, §2228, at p. 217.

However, as this Court recognized in *Salituro, supra*, at pp. 672-73, serious criticisms have been levelled against these two surviving justifications of the traditional rule. It has been called arbitrary for excluding other familial relationships, and antiquated, because it is based on outmoded notions of marriage. Perhaps most importantly, rendering a person incapable of testifying solely on the basis of marital status does strip an individual of key aspects of his or her autonomy. As Iacobucci J. noted for the Court at p. 673:

There is in my opinion a more fundamental difficulty with the reasons for the rule. The grounds which have been used in support of the rule are inconsistent with respect for the freedom of all individuals, which has become a central tenet of the legal and moral fabric of this country particularly since the adoption of the *Charter*. . . . The common law rule making a spouse an incompetent witness involves a conflict between the freedom of the individual to choose whether or not to testify and the interests of society in preserving the marriage bond.

vement à des événements qui se sont produits avant le mariage.

De nombreuses justifications ont été avancées à l'appui de cette règle dans l'histoire de la common law, mais seulement deux d'entre elles semblent avoir survécu jusqu'à nos jours. Comme l'a initialement fait remarquer lord Coke dans *Institutes of the Laws of England*, la première justification de la règle est qu'elle favorise les confidences conjugales et protège l'harmonie conjugale. La seconde est que la règle empêche l'indignité d'avoir à forcer le conjoint d'une personne accusée à participer aux poursuites dirigées contre l'accusé. Wigmore décrit cette dernière justification comme [TRADUCTION] «*la répugnance naturelle* qu'éprouve toute personne honnête à forcer la femme ou le mari à se faire l'instrument de la condamnation de l'autre et à forcer le coupable à subir l'humiliation de se voir condamner par les paroles de son partenaire de vie intime» (en italique dans l'original): *Wigmore on Evidence, op. cit.*, vol. 8, §2228, à la p. 217.

Cependant, comme notre Cour l'a reconnu dans *Salituro*, précité, aux pp. 672 et 673, de sérieuses critiques ont été formulées à l'endroit de ces deux justifications de la règle traditionnelle qui subsistent toujours. On a dit de cette règle qu'elle était arbitraire parce qu'elle exclut les autres relations familiales, et désuète parce qu'elle repose sur des notions périmées du mariage. Ce qui est peut-être le plus important de signaler est que rendre une personne incapable de témoigner sur le seul fondement de son état matrimonial la dépouille d'aspects importants de son autonomie. Comme l'affirme le juge Iacobucci s'exprimant au nom de notre Cour, à la p. 673:

À mon avis, les raisons d'être de la règle posent une difficulté plus fondamentale. En effet, les arguments invoqués à son appui sont incompatibles avec le respect de la liberté individuelle, précepte central de l'ordre juridique et moral établi dans notre pays depuis l'adoption de la *Charte*. [ . . . ] Or, la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner engendre un conflit entre la liberté qu'a une personne de choisir de témoigner ou non et les intérêts de la société à ce que le lien du mariage soit préservé.

38

39

40 Some have suggested an alternative approach whereby a spouse could be declared competent against his or her spouse, but not compellable. The United Kingdom recently endorsed such a rule with the passage of s. 80 of the *Police and Criminal Evidence Act 1984* (U.K.), 1984, c. 60. For a discussion of the Act, see *Cross and Tapper on Evidence* (8th ed. 1995), at pp. 236-40; *Phipson on Evidence* (14th ed. 1990), at pp. 154-55. The United States Supreme Court adopted a similar modification of the common law rule. The court held that under the *Federal Rules of Evidence*, a spouse is a competent but not compellable witness for the prosecution, with the witness spouse having the privilege to refuse to testify adversely: *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980). See *Uniform Rules of Evidence*, Rule 504. In Canada, the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence has also recommended the abolition of the traditional rule in favour of a modern rule which makes a spouse a competent but not compellable witness for the prosecution: *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (1982), at pp. 256-60; *Uniform Rules of Evidence*, s. 92(1). See also, Law Reform Commission of Canada, *Report on Evidence* (1975), at pp. 88-90 (Evidence Code, at ss. 54-57) (recommendation that spouse of accused be competent but not compellable if the value of the testimony outweighs any potential disruption to the relationship).

41 Another possible alternative, recognized in *Salituro, supra*, at p. 676, is that the spouse of an accused could be declared as both a competent and a compellable witness for the Crown. This would be consistent with the general common law rule that competence implies compellability. See *Hoskyn v. Metropolitan Police Commissioner*, [1979] A.C. 474 (H.L.), at p. 484, *per* Lord Wilberforce, at p. 500, *per* Lord Edmund-Davies. In Canada, see *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255, at pp. 276-77 (spouse of accused both competent and compellable by prosecution, prior to *An Act further to amend The Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1906, c. 10, s. 1); *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344 (Ont.

Certains ont proposé une autre analyse selon laquelle une personne pourrait être déclarée habile à témoigner contre son conjoint, mais non contraignable. Le Royaume-Uni a récemment entériné une telle règle en adoptant l'art. 80 de la *Police and Criminal Evidence Act 1984* (R.-U.), 1984, ch. 60. Pour un examen de cette loi, voir *Cross and Tapper on Evidence* (8<sup>e</sup> éd. 1995), aux pp. 236 à 240; *Phipson on Evidence* (14<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 154 et 155. La Cour suprême des États-Unis a adopté une modification similaire de la règle de common law. En effet, la cour a statué qu'en vertu des *Federal Rules of Evidence*, un conjoint est habile à témoigner mais non contraignable pour le poursuivant, le conjoint témoin ayant le privilège de refuser de témoigner contre l'autre: *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980). Voir *Uniform Rules of Evidence*, règle 504. Au Canada, le Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve a aussi recommandé l'abolition de la règle traditionnelle en faveur d'une règle moderne qui rend un conjoint habile à témoigner mais non contraignable pour le poursuivant: *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve* (1983), aux pp. 285 à 290, par. 92(1). Voir aussi, Commission de réforme du droit, *Rapport sur la preuve* (1975), aux pp. 100 à 102 (Code de la preuve, aux art. 54 à 57) (recommandation que le conjoint d'un accusé soit habile à témoigner mais non contraignable si la valeur du témoignage l'emporte sur toute rupture possible de cette relation).

Une autre possibilité, reconnue dans *Salituro*, précité, à la p. 676, est celle que le conjoint d'une personne accusée soit déclaré à la fois habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant. Cela serait compatible avec la règle générale de common law selon laquelle l'habilité à témoigner suppose la contraignabilité. Voir *Hoskyn c. Metropolitan Police Commissioner*, [1979] A.C. 474 (H.L.), à la p. 484, lord Wilberforce, et à la p. 500, lord Edmund-Davies. Au Canada, voir *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255, aux pp. 276 et 277 (le conjoint de l'accusé était à la fois habile à témoigner et contraignable pour le poursuivant, avant l'adoption de l'*Acte modifiant de nouveau l'Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1906,

C.A.), at p. 351 aff'd [1985] 2 S.C.R. 278; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at p. 522, per Iacobucci J. ("the general rule that witnesses are compellable"), and at pp. 619-20, per Sopinka J. The Law Reform Commission of Canada has previously argued that making the witness spouse both competent and compellable would relieve the witness of the difficult pressures of choosing to testify against his or her life partner. The Commission has further contended that such an approach would open the artificially closed list of offences defined in s. 4(2) and 4(4) of the *Canada Evidence Act*. See Law of Evidence Project, Study Paper No. 1, *Competence and Compellability* (1972), at pp. 6-7. It has also been argued that this approach would reduce the incidence of spousal abuse, as accused spouses would be unable to abuse their competent partners to dissuade them from testifying. See *R. v. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36 (Y.T.C.A.), at p. 60. We are of the view that both these approaches, by vesting the spouse of an accused with the choice to testify against his or her partner, are arguably more consistent with the protection of the marital bond as well as the autonomy and dignity of the individual.

While such alternative approaches to the rule of spousal incompetency may serve to promote the autonomy and dignity of an individual spouse, it is our opinion that any significant change to the rule should not be made by the courts, but should rather be left to Parliament.

The common law rule of spousal incompetence has remained largely unchanged for some 350 years. The respondent has submitted that there is ample scope for judicial development of the rule. While it is true that this Court has signalled its willingness to adapt and develop common law rules to reflect changing circumstances in society at large (see, e.g., *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Khan, supra*), it is clear that the courts will only

ch. 10, art. 1); *Re Spencer and The Queen* (1983), 145 D.L.R. (3d) 344 (C.A. Ont.), à la p. 351, conf. par [1985] 2 R.C.S. 278; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la p. 522, le juge Iacobucci («la règle générale voulant que tout témoin soit contraignable»), et aux pp. 619 et 620, le juge Sopinka. La Commission de réforme du droit du Canada a déjà fait valoir que rendre le conjoint à la fois habile à témoigner et contraignable permettrait de libérer le témoin de la sérieuse tension d'avoir à choisir de témoigner contre son partenaire de vie. La Commission a également dit qu'une telle analyse permettrait d'allonger la liste artificiellement circonscrite des infractions définies aux par. 4(2) et 4(4) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Voir Section de recherche sur le droit de la preuve, document préliminaire n° 1, *L'habilité et la contrainte à témoigner* (1972), aux pp. 7 à 9. On a aussi prétendu qu'une telle conception réduirait la fréquence de la violence conjugale puisque le conjoint accusé ne pourrait pas faire violence à son partenaire habile à témoigner pour le dissuader de témoigner. Voir *R. c. McGinty* (1986), 27 C.C.C. (3d) 36 (C.A.T.Y.), à la p. 60. À notre avis, on peut affirmer que ces deux conceptions — du fait qu'elles donnent au conjoint d'un accusé le choix de témoigner contre son partenaire — favorisent davantage la protection du lien matrimonial ainsi que l'autonomie et la dignité de la personne.

Même si ces autres conceptions de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner peuvent favoriser l'autonomie et la dignité d'une personne en tant que conjoint, nous sommes d'avis qu'il n'appartient pas aux tribunaux, mais plutôt au législateur fédéral, d'apporter des changements importants à la règle.

La règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner est demeurée pratiquement inchangée depuis quelque 350 ans. L'intimée a soutenu que les tribunaux disposent d'une latitude importante dans l'application de cette règle. Certes, notre Cour s'est montrée disposée à adapter et à élargir la portée des règles de common law de façon à tenir compte de l'évolution sociale globale (voir par exemple *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750;

42

43

make incremental changes to the common law. So, for example, the change implemented in *Salituro*, did not strike at the original justifications of marital harmony and repugnance which animated the substance of the common law rule. As the Court stated at p. 674:

Where spouses are irreconcilably separated, there is no marriage bond to protect and we are faced only with a rule which limits the capacity of the individual to testify.

By contrast, complex changes to the law with uncertain ramifications should be left to the legislature.

44

On the basis of the criticisms of the common law rule, discussed above, the respondent advanced two arguments. First, the Crown advocated a modification of the traditional rule along the lines suggested by Weiler J.A., whereby a spouse would be rendered competent if the marriage was solemnized after the issuance of an information or indictment. Alternatively, the respondent invited this Court to create an exception to the rule of spousal incompetency where an accused marries a witness for the purpose of insulating that witness from being called by the prosecution.

45

Both of the proposed changes, far from being incremental, would strike at the heart of the traditional rule of spousal incompetency. A marriage entered into following the swearing of an indictment may be perfectly valid and genuine, and there may indeed be a marital bond worthy of protection. Furthermore, as noted previously, this proposed exception runs afoul of the settled view that the rule of spousal incompetence applies to testimony relating to events which precede the marriage (i.e., events which precede the marriage even if the marriage was solemnized after the laying of formal charges).

*Khan*, précité), mais il est clair que les tribunaux n'apporteront que des changements progressifs à la common law. Par exemple, le changement apporté dans l'arrêt *Salituro* n'a pas porté atteinte aux justifications initiales à la base de la règle de common law, soit l'harmonie conjugale et la répugnance à témoigner. Comme notre Cour l'affirme à la p. 674:

Lorsque les conjoints sont séparés irrémédiablement, il n'y a pas de lien du mariage à protéger et nous nous trouvons en présence seulement d'une règle qui limite l'habilité d'une personne à témoigner.

Par contre, il convient de laisser au législateur le soin d'apporter au droit des changements complexes dont les conséquences sont incertaines.

Sur le fondement des critiques formulées à l'endroit de la règle de common law, dont il a été question ci-dessus, l'intimée a avancé deux arguments. Premièrement, le ministère public a préconisé une modification de la règle traditionnelle dans le sens de la démarche proposée par le juge Weiler de la Cour d'appel, c'est-à-dire qu'un conjoint serait habile à témoigner si le mariage a été célébré après la délivrance d'une dénonciation ou d'une mise en accusation. Subsidiairement, l'intimée a invité notre Cour à créer une exception à la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner dans le cas où une personne accusée épouse un témoin dans le but d'empêcher qu'il soit assigné par le poursuivant.

Les deux changements proposés, loin d'être progressifs, porteraient atteinte au fondement même de la règle traditionnelle de l'incapacité du conjoint à témoigner. Un mariage contracté après l'attestation sous serment d'un acte d'accusation peut être parfaitement valide et authentique, et il peut effectivement créer un lien matrimonial qu'il vaut la peine de protéger. En outre, comme nous l'avons fait remarquer, l'exception proposée va à l'encontre du principe établi selon lequel la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner s'applique à un témoignage relativement à des événements qui précèdent le mariage (c.-à-d. des événements antérieurs au mariage même si ce mariage a été célébré après le dépôt des accusations formelles).

Similarly, a marriage which is motivated by a desire to take advantage of the spousal incompetency rule may nonetheless be a true marriage, deserving of the law's protection. It has long been recognized at common law that a spouse is entitled to rely on the benefits of spousal incompetency even if one of the purposes of the marriage was to preclude testimony before a court. See, e.g., *Wigmore on Evidence, supra*, at §2230; *Cross and Tapper on Evidence, supra*, at p. 236 (the rule of spousal incompetency applies "whatever the motive for marrying").

In this instance, the Crown has conceded that the marriage of Hawkins and Graham is genuine. At the time of this Court's hearing, the couple were approaching their seventh wedding anniversary. There was no evidence that either of the two partners had failed to fulfil their reciprocal obligations of care and support. Under the circumstances, making Graham compellable by the Crown would threaten the couple's genuine marital harmony and undermine the purpose of the spousal incompetency rule. In this regard, we note the position of the trial judge:

I have difficulty, however, in the case at bar in being satisfied that there does not exist at this time a good and successful marriage, hence the need to preserve matrimonial harmony in this case still exists and must be of paramount concern. . . . I would also be concerned with whether the exception in this particular case would result in difficulties and repercussions in the apparently on-going successful marriage of the witness and the accused.

To create such an exception, thereby allowing Ms. Graham to testify, would be contrary to the purpose of the common law rule to preserve marital harmony and also to prevent the natural repugnancy that results in a spouse testifying against his or her accused spouse. It would encourage perjury by her to preserve the marriage or, if truthful, a break-down of the marriage. [Emphasis added.]

De même, un mariage motivé par un désir de bénéficier de l'application de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner peut néanmoins être un mariage véritable qui mérite la protection de la loi. Il est depuis longtemps reconnu en common law qu'un conjoint a le droit de compter sur les avantages de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner même si l'une des fins du mariage était d'empêcher qu'un témoignage soit rendu devant un tribunal. Voir par exemple *Wigmore on Evidence, op. cit.*, au §2230; *Cross and Tapper on Evidence, op. cit.*, à la p. 236 (la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner s'applique [TRADUCTION] «quel que puisse avoir été le motif du mariage»).

En l'espèce, le ministère public a reconnu que le mariage entre Hawkins et Graham est authentique. Lors de l'audition devant notre Cour, le couple était marié depuis presque sept ans. On n'a présenté aucune preuve établissant que les deux conjoints avaient omis de s'acquitter de leurs obligations réciproques de soins et de soutien. Dans les circonstances, rendre Graham contraignable pour le poursuivant risquerait de compromettre la véritable harmonie conjugale du couple et d'aller à l'encontre de l'objet de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner. Sur ce point, nous faisons état de la position du juge du procès:

[TRADUCTION] Cependant, en l'espèce, j'ai du mal à me convaincre qu'il n'existe pas en ce moment un mariage valide et réussi; pour ce motif, la nécessité de préserver l'harmonie conjugale existe toujours et elle doit être une préoccupation de premier plan. [ . . . ] Je suis également préoccupé par la question de savoir si l'exception soulevée en l'espèce entraînerait des difficultés et des repercussions dans le mariage apparemment réussi du témoin et de l'accusé.

L'établissement d'une telle exception, permettant ainsi à Graham de témoigner, serait contraire à l'objet de la règle de common law, qui est de préserver l'harmonie conjugale et d'empêcher la répugnance naturelle qu'éprouve une personne à témoigner contre un accusé qui est son conjoint. Une telle exception l'inciterait à se parjurer pour préserver son mariage ou favoriserait, si les déclarations sont exactes, une rupture du mariage. [Je souligne.]

48 Either of the two proposed changes to the common law rule of spousal incompetency would amount to far more than an incremental change in the law. Such a change is unprecedented and of uncertain consequences. As the trial judge said:

... I am of the opinion that to create such a new exception as requested would create uncertainty as to the consequences resulting from such a change that would be completely out of the control of the courts.

49 Furthermore, the change advocated by the respondent would be unworkable. It would require the courts to examine the motivation for marriage in this case. Absent evidence that the marriage was a sham, we fail to see how the court can begin to inquire into the reasons for the marriage. There is no justification for such an inquiry unless there should be concrete evidence that the marriage was legally invalid. Courts and tribunals are permitted to inquire into this most personal of realms only in specific, limited circumstances as prescribed by the legislature or Parliament, for example, in the immigration context (see s. 4(3) of the *Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172*, which provides that a Canadian citizen may not sponsor a spouse where that spouse “entered into the marriage primarily for the purpose of gaining admission to Canada as a member of the family class and not with the intention of residing permanently with the other spouse”).

50 We emphasize that the matter may be different if the evidence clearly established that the only purpose of the marriage was to avoid criminal responsibility by rendering a key witness uncompellable and that the partners had no intention of fulfilling their mutual obligations of care and support. In such circumstances, the marriage would be a “sham”, and the court may be willing to take this into account. For instance, in *Lutwak v. United States*, 344 U.S. 604 (1953), the U.S. Supreme Court held that the spouse of an accused could not invoke the rule of incompetency, as the evidence clearly demonstrated that the parties had no inten-

L’un ou l’autre des changements proposés à la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner constituerait beaucoup plus qu’un changement progressif du droit. Un tel changement est sans précédent et comporte des conséquences incertaines. Comme l’a affirmé le juge du procès:

[TRADUCTION] . . . je suis d’avis que l’établissement de la nouvelle exception demandée entraînerait des conséquences incertaines qui échapperaient complètement au contrôle des tribunaux.

Qui plus est, le changement préconisé par l’intimée serait irréalisable. Il obligerait les tribunaux à examiner les motifs du mariage en l’espèce. En l’absence d’une preuve que le mariage était une façade, nous ne voyons pas comment un tribunal peut commencer à vérifier les motifs du mariage. Rien ne justifie une telle vérification, sauf s’il existe une preuve concrète que le mariage n’était pas légalement valide. Les cours de justice et les tribunaux administratifs ne peuvent examiner cette question des plus personnelles que dans des circonstances précises et restreintes prévues par un législateur provincial ou le législateur fédéral, par exemple dans le contexte de l’immigration (voir le par. 4(3) du *Règlement sur l’immigration de 1978, DORS/78-172*, qui prévoit qu’un citoyen canadien ne peut parrainer un conjoint dans le cas où celui-ci «s’est marié principalement dans le but d’obtenir l’admission au Canada à titre de membre de la catégorie de la famille et non avec l’intention de vivre en permanence avec son conjoint»).

Nous tenons à souligner que la situation pourrait être différente si la preuve établissait clairement que le seul but du mariage était d’échapper à la responsabilité criminelle en rendant un témoin principal non contraignable et que les partenaires n’avaient aucune intention de s’acquitter de leurs obligations mutuelles de soins et de soutien. Dans ces circonstances, le mariage serait une «façade» et le tribunal pourrait alors décider de tenir compte de ce facteur. Par exemple, dans *Lutwak c. United States*, 344 U.S. 604 (1953), la Cour suprême des États-Unis a statué que le conjoint d’un accusé ne pouvait invoquer la règle de l’inhabilité à témoigner puisque la preuve démontrait clairement que les parties n’avaient pas l’intention de vivre



tion of living together as spouses. However, this is not the case in the Hawkins-Graham marriage.

For these reasons, we are in agreement with the trial judge, and the majority of the Court of Appeal, that no modification of the common law rule of spousal incompetence should be made in this case. Graham was not a competent witness for the Crown, and, accordingly, her *viva voce* evidence could not be admitted at trial. We express no opinion as to whether Graham, even if competent, would have also been compellable in this instance. However, it remains to be seen whether her evidence could have been admitted by an alternative means.

*B. May Graham's testimony before the preliminary inquiry be read into evidence at trial through s. 715 of the Criminal Code?*

Assuming that Graham is found to be an incompetent witness at trial, the Crown alternatively seeks to have the transcripts of Graham's testimony before the preliminary inquiry read into evidence under s. 715 of the *Criminal Code*.

Section 715 traces its origins to *An Act respecting the duties of Justices of the Peace, out of Sessions, in relation to persons charged with Indictable Offences*, S.C. 1869, c. 30, s. 30. The original version of s. 715 was modelled on comparable English legislation regarding the admission of evidence taken at preliminary hearings. See *Administration of Justice Act (No. 1)*, 11 & 12 Vict., c. 42, s. 17 (1848). As it presently reads, s. 715 provides that where a person whose evidence was given at a previous trial on the same charge or was taken in the course of the investigation or on the preliminary inquiry refuses to be sworn or to give evidence, or is now dead, insane, so ill as to be unable to travel or testify, or is absent from Canada, then that person's testimony may be read as evidence in the proceedings without further proof. The evidence must also have been given in the presence of the accused. However, even if preliminary inquiry evidence satisfies these criteria, s. 715 preserves a

ensemble comme conjoints. Cependant, ce n'est pas le cas du mariage contracté par Hawkins et Graham.

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'accord avec le juge du procès et la Cour d'appel à la majorité pour dire que la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner ne devrait pas être modifiée en l'espèce. Graham n'était pas habile à témoigner pour le poursuivant et, en conséquence, son témoignage de vive voix ne pouvait être admis au procès. Nous ne nous prononçons pas sur la question de savoir si, même si elle avait été habile à témoigner, Graham aurait aussi été contraignable. Cependant, il reste à examiner si son témoignage aurait pu être admis par un autre moyen.

*B. Le témoignage de Graham à l'enquête préliminaire peut-il être lu à titre de preuve au procès en application de l'art. 715 du Code criminel?*

À supposer que Graham soit jugée inhabile à témoigner au procès, le ministère public cherche subsidiairement à faire lire à titre de preuve, en vertu de l'art. 715 du *Code criminel*, son témoignage recueilli à l'enquête préliminaire.

L'article 715 trouve son origine dans l'*Acte concernant les devoirs des juges de paix, hors des sessions, relativement aux personnes accusées de délits poursuivables par voie d'accusation*, S.C. 1869, ch. 30, art. 30. La première version de l'art. 715 s'inspirait d'un texte législatif anglais comparable relatif à l'admission de témoignages recueillis à l'enquête préliminaire. Voir *Administration of Justice Act (No. 1)*, 11 & 12 Vict., ch. 42, art. 17 (1848). Dans son libellé actuel, l'art. 715 prévoit que lorsqu'une personne qui a témoigné au cours d'un procès antérieur sur la même inculpation ou qui a témoigné au cours d'un examen de l'inculpation ou lors de l'enquête préliminaire, refuse de prêter serment ou de témoigner ou si elle est décédée, est aliénée, est trop malade pour voyager ou pour témoigner ou est absente du Canada, son témoignage peut être lu à titre de preuve dans les procédures, sans autre preuve. Ce témoignage doit aussi avoir été reçu en présence de l'accusé.

51

52

53

residual discretion in the trial judge to exclude such evidence: *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525.

Cependant, même si le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire satisfait à ces critères, l'art. 715 permet au juge du procès de conserver le pouvoir discrétionnaire résiduel d'écarter ce témoignage: *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525.

54

Graham's marriage clearly cannot be read into the section as grounds for admitting the transcripts of her preliminary inquiry evidence. The marriage of Graham and Hawkins does not represent a refusal to give evidence: the common law rule of spousal incompetency disqualifies a spouse from giving evidence, regardless of the spouse's choice. Indeed, there is no way of knowing whether Graham actually would have refused to testify; she may have chosen to testify for the defence.

Le mariage de Graham ne peut de toute évidence servir de motif pour admettre les transcriptions du témoignage reçu à l'enquête préliminaire. Le mariage de Graham et de Hawkins ne représente pas un refus de témoigner: la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner empêche un conjoint de témoigner, quel que soit le choix du conjoint. En fait, rien ne permet de savoir si Graham aurait refusé de témoigner; elle aurait pu choisir de témoigner pour la défense.

55

For these reasons, it is our opinion that the majority of the Court of Appeal erred in holding that transcripts of Graham's preliminary inquiry testimony could be read in at trial pursuant to s. 715 of the *Criminal Code*. It is therefore unnecessary to express any view on the nature of a trial judge's residual discretion to exclude previous testimony under s. 715, and whether this residual discretion should have otherwise been exercised in this instance. However, we do not believe that our conclusion regarding the application of s. 715 necessarily precludes the potential admission of the transcripts at common law.

Pour les motifs qui précèdent, nous sommes d'avis que la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur en statuant que les transcriptions du témoignage de Graham à l'enquête préliminaire pouvaient être lues à titre de preuve au procès conformément à l'art. 715 du *Code criminel*. Il n'est donc pas nécessaire d'exprimer une opinion sur la nature du pouvoir discrétionnaire résiduel que possède le juge du procès d'écarter un témoignage antérieur en vertu de l'art. 715, et d'examiner si ce pouvoir discrétionnaire résiduel aurait dû par ailleurs être exercé en l'espèce. Cependant, nous ne croyons pas que notre conclusion quant à l'application de l'art. 715 exclue forcément la possibilité d'admettre les transcriptions en vertu de la common law.

56

On its face, s. 715 does not indicate whether it was intended to displace the pre-existing common law governing the admission of prior testimony. Some cases earlier this century suggested that the provision was indeed exhaustive, i.e. that preliminary inquiry evidence may only be admitted at a criminal trial through the operation of s. 715. See *R. v. Snelgrove* (1906), 12 C.C.C. 189 (N.S.S.C.); *Cuff v. Frazee Storage & Cartage Co.* (1907), 14 O.L.R. 263 (Div. Ct.); *Caufield v. The King* (1926), 48 C.C.C. 109 (Que. K.B.). The Nova Scotia Supreme Court in *Snelgrove* defended this interpretation on two separate grounds: first, the *Criminal Code* was generally intended to be a comprehensive criminal statute; second, the prede-

À première vue, l'art. 715 n'indique pas si le législateur avait l'intention d'écarter les principes préexistants de common law applicables à l'admission d'un témoignage antérieur. Certains arrêts du début du siècle laissent entendre que cette disposition était en fait exhaustive, c'est-à-dire que seul l'art. 715 permettrait que soit admis dans un procès criminel des témoignages recueillis antérieurement. Voir *R. c. Snelgrove* (1906), 12 C.C.C. 189 (C.S.N.-É.); *Cuff c. Frazee Storage & Cartage Co.* (1907), 14 O.L.R. 263 (C. div.); *Caufield c. The King* (1926), 48 C.C.C. 109 (B.R. Qué.). Dans l'affaire *Snelgrove*, la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a fait valoir deux motifs distincts à l'appui de cette interprétation: premièrement, que le *Code*

cessor of s. 8(3) of the *Code* (continuing common law justifications and excuses) implicitly excluded other rules of common law. Professor Schiff, however, suggests that the exhaustiveness of s. 715 remains an open question: *Evidence in the Litigation Process* (4th ed. 1993), at pp. 431-32, nn. 13-14. See, as well, *The Law of Evidence in Canada*, at p. 274, n. 420.

We believe that the preferable interpretation is that s. 715 is not a "comprehensive code" governing the admissibility of preliminary inquiry testimony. As noted by Schiff, *supra*, at p. 431, the provision was originally modelled after the *Administration of Justice Act* (1848) in the United Kingdom, and English courts have held consistently that this statute and its successors did not displace the common law. See, e.g., *R. v. Thompson*, [1982] 1 All E.R. 907 (C.A.), at p. 912. Furthermore, this interpretation is consistent with the *Criminal Code's* general approach to the law of evidence. The substantive offences articulated by the *Code* presume the existence of a body of rules of evidence derived from the common law. While the *Code* modifies and abolishes some rules, it does so only in specific instances and through language to that effect. Accordingly, if preliminary inquiry testimony does not meet the requirements for admissibility under s. 715, it remains open for the trial judge to consider whether such testimony may still be read into evidence by reference to the principles of the common law.

C. *May Graham's testimony before the preliminary inquiry be read into evidence at trial through a principled exception to the hearsay rule?*

The prevailing view in the common law world is that evidence at trial of statements made by a witness in a prior adjudicative proceedings ("former testimony" or "prior testimony") represents a form of hearsay. The great historical opponent of this view, however, was Wigmore. Wigmore strongly

*criminel* est généralement considéré comme une loi exhaustive de nature pénale; deuxièmement, que l'article qui a précédé le par. 8(3) du *Code* (qui maintient les justifications et les excuses reconnues en common law) écartait implicitement d'autres règles de common law. Cependant, le professeur Schiff affirme que le caractère exhaustif de l'art. 715 demeure une question discutable: *Evidence in the Litigation Process* (4<sup>e</sup> éd. 1993), aux pp. 431 et 432, notes 13 et 14. Voir aussi *The Law of Evidence in Canada*, à la p. 274, note 420.

À notre avis, l'interprétation à retenir est que l'art. 715 ne constitue pas un «code exhaustif» régissant l'admissibilité d'un témoignage recueilli à l'enquête préliminaire. Comme l'a fait remarquer Schiff, *op. cit.*, à la p. 431, la disposition a initialement été modelée sur l'*Administration of Justice Act* (1848) du Royaume-Uni, et les tribunaux britanniques ont statué de façon constante que cette loi et celles qui lui ont succédé n'écartaient pas la common law. Voir par exemple *R. c. Thompson*, [1982] 1 All E.R. 907 (C.A.), à la p. 912. En outre, cette interprétation est compatible avec la façon dont le *Code criminel* traite du droit de la preuve. Les infractions matérielles précises prévues au *Code* présument l'existence d'un ensemble de règles de preuve tirées de la common law. Bien que le *Code* modifie et abolisse certaines règles, il le fait seulement dans certains cas précis et emploie des termes à cet effet. Par conséquent, si le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire ne satisfait pas aux exigences d'admissibilité en vertu de l'art. 715, le juge du procès peut toujours examiner si ce témoignage peut quand même être lu à titre de preuve en application des principes de la common law.

C. *Le témoignage de Graham à l'enquête préliminaire peut-il être lu à titre de preuve au procès en application d'une exception de principe à la règle du oui-dire?*

Le point de vue couramment admis dans les pays de common law est que la preuve au procès de déclarations faites par un témoin dans une procédure décisionnelle antérieure («témoignage antérieur») représente une forme de oui-dire. Cependant, dans l'histoire, Wigmore a été le grand

advocated a definition of hearsay which was centred on the party's inability to cross-examine the declarant. Because preliminary inquiry testimony is subject to contemporaneous cross-examination, Wigmore argued that statements made by a declarant in prior adjudicative proceedings where cross-examination was available were substantively admissible in a subsequent proceeding, as such statements did not constitute hearsay.

adversaire de ce point de vue. En effet, Wigmore préconisait fortement une définition du oui-dire axée sur l'impossibilité de contre-interroger l'auteur de la déclaration. Partant du fait que la personne qui témoigne à l'enquête préliminaire peut être contre-interrogée au moment de la déclaration, Wigmore a soutenu que sont admissibles quant au fond les déclarations faites par une personne dans d'autres procédures décisionnelles au cours desquelles cette personne a pu être contre-interrogée, ces déclarations ne constituant alors pas du oui-dire.

59 However, the vast majority of scholars disagree with Wigmore and maintain that testimony in former proceedings falls within an expansive definition of the hearsay rule. See *Cross and Tapper on Evidence, supra*, at p. 721; *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 2, at § 301; *Phipson on Evidence*, at p. 931; *The Law of Evidence in Canada*, at p. 270.

Cependant, la vaste majorité des auteurs ne sont pas d'accord avec Wigmore et sont d'avis que le témoignage reçu dans des procédures antérieures correspond à une définition élargie de la règle du oui-dire. Voir *Cross and Tapper on Evidence, op. cit.*, à la p. 721; *McCormick on Evidence* (4<sup>e</sup> éd. 1992), vol. 2 au §301; *Phipson on Evidence*, à la p. 931; *The Law of Evidence in Canada*, à la p. 270.

60 We similarly find that such prior testimony falls within the ambit of the hearsay rule. In the past, this Court has generally declined to adopt a single comprehensive definition of the hearsay rule, for fear that an exhaustive definition of the rule may fail to capture the full breadth of circumstances where a statement by an out-of-court declarant will raise one or more of the traditional hearsay dangers (namely, the lack of oath, the lack of contemporaneous cross-examination, and the lack of demeanour evidence). See *Smith*, at p. 924. The testimony of a declarant in a prior proceeding, *prima facie*, raises a hearsay danger because the trier of fact cannot examine the demeanour of the declarant at trial. Indeed, if such testimony did not represent hearsay, there would be no need for provisions similar to s. 715, as such prior testimony would be substantively admissible in all circumstances, even if the declarant was otherwise available to testify.

Nous sommes aussi d'avis qu'un témoignage antérieur correspond à la définition de la règle du oui-dire. Dans le passé, notre Cour a généralement refusé d'adopter une définition unique et exhaustive de la règle du oui-dire, de crainte qu'une telle définition ne puisse circonscrire tous les cas où une déclaration extrajudiciaire présenterait un ou plusieurs des dangers traditionnels du oui-dire (soit l'absence de serment, l'absence de contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration et l'absence de preuve quant au comportement). Voir *Smith*, à la p. 924. Le témoignage de l'auteur d'une déclaration dans une procédure antérieure comporte à première vue l'un des dangers du oui-dire parce que le juge des faits ne peut évaluer le comportement de cette personne au procès. En fait, si un tel témoignage ne constituait pas du oui-dire, il ne serait pas nécessaire d'avoir des dispositions comme l'art. 715 puisque le témoignage antérieur serait dans toutes les circonstances admissible quant au fond, même si son auteur était par ailleurs disponible pour témoigner.

61 Regardless of the appropriate characterization of such former testimony, the common law was historically prepared to admit such evidence either as

Quelle que soit la caractérisation à donner à ce témoignage antérieur, la common law a toujours été disposée à admettre cette preuve, soit parce

non-hearsay or as an exception to the hearsay rule in specific circumstances where the declarant was generally unavailable to testify at trial.

Early in the history of the common law, English courts held that prior testimony given in a previous proceeding may be read into evidence in a subsequent civil proceeding where the parties were the same and where the testimony was open to cross-examination: *Wright v. Doe d. Tatham* (1834), 1 Ad. & E. 3, 110 E.R. 1108, at pp. 18-19, *per* Tindal C.J. The courts equally held that prior testimony could be read into evidence in subsequent criminal proceedings for the truth of its contents where the declarant had died prior to trial: *R. v. Beeston* (1854), Dears. 405, 169 E.R. 782 (C.C.A.); *R. v. Lee* (1864), 4 F. & F. 63, 176 E.R. 468. See *R. v. Hall (P.B.)*, [1973] 1 Q.B. 496 (C.A.), at p. 504, *per* Forbes J. See Wilson J.'s discussion of the position of the common law in *Potvin*, *supra*, at p. 540.

In Canada, the relevant authority on the admission of such testimony in civil proceedings appears to be *Walkertown (Town) v. Erdman* (1894), 23 S.C.R. 352. In *Erdman*, the plaintiff commenced an action against the town, and an examination *de bene esse* was held prior to trial. Erdman, however, subsequently died, and his wife pursued a distinct action against the town. Even in the absence of any statutory rule, the Court held that the record of the examination was admissible, as the town had the opportunity to cross-examine Erdman (which it in fact exercised), and the same issues were raised in both actions.

Some early cases had indicated that prior testimony could only be admitted in a criminal trial where the witness was unavailable as a result of death or by "procurement" of the court: *R. v. Scaife* (1851), 2 Den. 281, 169 E.R. 505, at p. 507. But more modern cases have been willing to admit such evidence in circumstances of "unavailability" beyond death. See *Thompson*, *supra*, at pp. 912-13

qu'elle ne constituait pas du oui-dire soit parce qu'elle constituait une exception à la règle du oui-dire dans des circonstances précises où l'auteur de la déclaration n'était généralement pas disponible pour témoigner au procès.

Tôt dans l'histoire de la common law, les tribunaux britanniques ont statué qu'un témoignage reçu dans une procédure antérieure pouvait être lu à titre de preuve dans une procédure civile ultérieure qui opposerait les mêmes parties et au cours de laquelle le témoin pourrait être contre-interrogé: *Wright c. Doe d. Tatham* (1834), 1 Ad. & E. 3, 110 E.R. 1108, aux pp. 18 et 19, le juge en chef Tindal. Les tribunaux ont également statué qu'un témoignage antérieur pouvait être lu à titre de preuve dans une procédure criminelle ultérieure comme preuve de la véracité de son contenu si l'auteur de la déclaration est décédé avant le procès: *R. c. Beeston* (1854), Dears. 405, 169 E.R. 782 (C.C.A.); *R. c. Lee* (1864), 4 F. & F. 63, 176 E.R. 468. Voir *R. c. Hall (P.B.)*, [1973] 1 Q.B. 496 (C.A.), à la p. 504, le juge Forbes. Voir l'analyse que fait le juge Wilson de la situation de la common law dans l'arrêt *Potvin*, précité, à la p. 540.

Au Canada, l'arrêt de principe sur l'admission dans une procédure civile d'un témoignage antérieur semble être *Walkertown (Town) c. Erdman* (1894), 23 R.C.S. 352. Dans cet arrêt, le demandeur avait intenté une action contre la ville et un interrogatoire *de bene esse* avait eu lieu avant le procès. Cependant, M. Erdman était ensuite décédé et son épouse avait intenté une action distincte contre la ville. Même en l'absence d'une règle législative, notre Cour a statué que le dossier de l'interrogatoire était admissible parce que la ville avait eu la possibilité de contre-interroger M. Erdman (et elle l'avait fait) et que les deux actions portaient sur les mêmes questions.

Dans certaines décisions anciennes, on avait indiqué qu'un témoignage antérieur ne pouvait être admis à titre de preuve dans un procès criminel que dans le cas où le témoin n'était pas disponible pour cause de décès ou [TRADUCTION] «à l'instigation» de la cour: *R. c. Scaife* (1851), 2 Den. 281, 169 E.R. 505, à la p. 507. Toutefois, dans des décisions plus récentes, les tribunaux se sont montrés

62

63

64

(prior testimony admitted in circumstances of illness). See also *Cross and Tapper on Evidence*, at p. 721; *Phipson on Evidence*, at p. 933.

disposés à admettre une telle preuve dans des circonstances de «non-disponibilité» autres que le décès. Voir *Thompson*, précité, aux pp. 912 et 913 (témoignage antérieur admis dans un cas de maladie). Voir aussi *Cross and Tapper on Evidence*, à la p. 721; *Phipson on Evidence*, à la p. 933.

65 However, in Canada, the development of the common law rule for the reception of prior testimony in criminal proceedings was halted with the adoption of the predecessor of s. 715 of the *Code* shortly after Confederation. We believe that the proper course would be to examine whether Graham's preliminary inquiry evidence ought to have been admitted through a principled exception to the hearsay rule.

Cependant, au Canada, l'évolution de la règle de common law concernant la réception d'un témoignage antérieur dans des procédures criminelles a été interrompue par l'adoption de la disposition qui a précédé l'art. 715 du *Code* peu après la Confédération. À notre avis, la démarche à suivre serait d'examiner si le témoignage de Graham recueilli à l'enquête préliminaire aurait dû être admis en vertu d'une exception de principe à la règle du ouï-dire.

66 In *Khan and Smith*, this Court signalled the beginning of a modern principled framework for defining exceptions to the hearsay rule. The Court rejected the traditional approach of the common law premised on rigid, categorical exceptions to the hearsay rule in favour of a more flexible approach which seeks to give effect to the underlying purposes of the rule. As Lamer C.J. said in *Smith*, at p. 932:

Dans les arrêts *Khan* et *Smith*, notre Cour a signalé le début d'une analyse moderne fondée sur des principes pour définir les exceptions à la règle du ouï-dire. Notre Cour a rejeté la méthode traditionnelle de la common law fondée sur des catégories d'exceptions rigides à la règle du ouï-dire en faveur d'une méthode plus souple qui cherche à donner effet aux objets qui sous-tendent la règle. Comme l'affirme le juge en chef Lamer dans *Smith*, à la p. 932:

... *Khan* should not be understood as turning on its particular facts, but, instead, must be seen as a particular expression of the fundamental principles that underlie the hearsay rule and the exceptions to it. What is important, in my view, is the departure signalled by *Khan* from a view of hearsay characterized by a general prohibition on the reception of such evidence, subject to a limited number of defined categorical exceptions, and a movement towards an approach governed by the principles which underlie the rule and its exceptions alike.

... l'arrêt *Khan* doit être considéré non pas comme un cas d'espèce, mais plutôt comme une expression particulière des principes fondamentaux qui sous-tendent la règle du ouï-dire et ses exceptions. Ce qui importe, à mon avis, c'est que l'arrêt *Khan* s'est écarté d'une conception de la preuve par ouï-dire caractérisée par une interdiction générale de la réception d'une telle preuve, sous réserve d'un nombre restreint de catégories d'exceptions définies, et qu'il représente une évolution vers une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions.

With this Court's subsequent holdings in *B. (K.G.)*, *supra*, and, most recently, in *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764, this new approach has become firmly entrenched in our jurisprudence.

Vu les conclusions formulées par notre Cour dans *B. (K.G.)*, précité, et, plus récemment, dans *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764, cette nouvelle analyse est devenue fermement ancrée dans notre jurisprudence.

67 Under this reformed framework, a hearsay statement will be admissible for the truth of its contents if it meets the separate requirements of "necessity"

En vertu de cette analyse réformée, une déclaration relatée sera admissible comme preuve de la véracité de son contenu si elle satisfait aux deux

and "reliability". These two requirements serve to minimize the evidentiary dangers normally associated with the evidence of an out-of-court declarant, namely the absence of an oath or affirmation, the inability of the trier of fact to assess the demeanour of the declarant, and the lack of contemporaneous cross-examination.

Consistent with the spirit of this modern approach, the twin requirements of "necessity" and "reliability" must always be applied in a flexible manner. As Lamer C.J. stressed in *U. (F.J.)*, at p. 787:

*Khan* and *Smith* establish that hearsay evidence will be substantively admissible when it is necessary and sufficiently reliable. Those cases also state that both necessity and reliability must be interpreted flexibly, taking account of the circumstances of the case and ensuring that our new approach to hearsay does not itself become a rigid pigeon-holing analysis.

If a hearsay statement satisfies these two requirements, the trial judge may put the statement to the trier of fact, subject to appropriate safeguards and to cautions regarding weight.

At the same time, as underscored in *B. (K.G.)*, this modern framework should also be applied in a manner which preserves and reinforces the integrity of the traditional rules of evidence. Accordingly, the new hearsay analysis should not permit the admission of statements which the declarant, if he or she had been available and competent at trial, would not have been able to offer into evidence through direct testimony because of the operation of an evidentiary rule of admissibility. As Lamer C.J. stated, at p. 784, in discussing the application of the *Khan* and *Smith* approach to the evidentiary use of prior inconsistent statements:

... prior inconsistent statements will only be admissible if they would have been admissible as the witness's sole testimony. That is, if the witness could not have made the statement at trial during his or her examination-in-chief or cross-examination, for whatever reason, it cannot be made admissible through the back door, as it

exigences de «nécessité» et de «fiabilité». Ces deux exigences permettent de minimiser les dangers normalement associés à la preuve d'une déclaration extrajudiciaire, soit l'absence de serment ou d'affirmation, l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement de l'auteur, et l'absence de contre-interrogatoire au moment précis où la déclaration a été faite.

Conformément à l'esprit de cette analyse moderne, la double exigence de «nécessité» et de «fiabilité» doit toujours être appliquée avec souplesse. Comme l'a fait ressortir le juge en chef Lamer dans *U. (F.J.)*, à la p. 787:

Il ressort des arrêts *Khan* et *Smith* que la preuve par ouï-dire sera admissible quant au fond lorsqu'elle est nécessaire et suffisamment fiable. Il y est également dit qu'on doit interpréter de façon souple tant la nécessité que la fiabilité, tenant compte des circonstances de l'affaire et veillant à ce que notre nouvelle façon d'aborder le ouï-dire ne devienne pas en soi une analyse rigide de catégories.

Si une déclaration relatée satisfait à ces deux exigences, le juge du procès peut la soumettre au juge des faits, sous réserve des garanties appropriées et des mises en garde quant au poids à lui accorder.

Par ailleurs, comme notre Cour l'a fait ressortir dans *B. (K.G.)*, cette conception moderne devrait aussi être appliquée d'une façon qui préserve et renforce l'intégrité des règles de preuve traditionnelles. Par conséquent, la nouvelle analyse du ouï-dire ne devrait pas permettre l'admission de déclarations que leur auteur, eût-il été disponible et habile à témoigner, n'aurait pas pu présenter directement en preuve dans sa déposition en raison de l'application d'une règle d'admissibilité. Comme l'a affirmé le juge en chef Lamer à la p. 784 dans son examen de l'application de l'analyse formulée dans les arrêts *Khan* et *Smith* à l'utilisation en preuve des déclarations antérieures incompatibles:

... ne seraient admissibles que les déclarations antérieures incompatibles qui auraient été admissibles si elles constituaient la seule déposition du témoin. C'est-à-dire que, si le témoin n'aurait pas pu faire la déclaration au procès au cours de son interrogatoire principal ou de son contre-interrogatoire, pour quelque raison que

were, under the reformed prior inconsistent statement rule. [Emphasis added.]

For the purposes of illustration, the Chief Justice, at pp. 784-86, identified two categories of statements which the declarant could not have made as part of his or her sole testimony if the declarant was capable of testifying at trial: hearsay statements which in themselves fell outside a recognized exception to the hearsay rule, and statements (where the declarant is a state actor) repeating an admission obtained in violation of the accused's right to silence under *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595. In both such cases, the declarant could not have offered such statements into substantive evidence through his or her sole testimony as a result of an exclusionary rule of evidence. Thus, in the absence of the declarant at trial, the principled framework should not be applied to permit the admission of such statements for the truth of their contents through the back door.

70 With these principles in mind, we turn to examine whether Graham's preliminary inquiry testimony is sufficiently necessary and reliable to permit its reception at a subsequent criminal trial under a principled exception to the hearsay rule.

### 1. Necessity

71 Under this Court's principled framework, hearsay evidence will be necessary in circumstances where the declarant is unavailable to testify at trial and where the party is unable to obtain evidence of a similar quality from another source: *B. (K.G.)*, at p. 796. Consistent with a flexible definition of the necessity criterion, there is no reason why the unavailability of the declarant should be limited to closed, enumerated list of causes. As Wigmore articulated the necessity criterion (*Wigmore on Evidence, supra*, at §1421):

(1) The person whose assertion is offered may now be dead, or out of the jurisdiction, or insane, or otherwise

ce soit, elle ne saurait être admissible indirectement, en application de la règle réformée relative aux déclarations antérieures incompatibles. [Je souligne.]

À des fins d'illustration, le Juge en chef présente aux pp. 784 à 786 deux catégories de déclarations qu'un témoin n'aurait pas pu faire au cours de sa déposition s'il était en mesure de témoigner au procès: les déclarations relatées qui en soi ne correspondent pas à une exception reconnue à la règle du ouï-dire, et les déclarations (si leur auteur est un représentant de l'État) reprenant un aveu obtenu en contravention du droit d'un accusé de garder le silence conformément à l'arrêt *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595. Dans ces deux situations, l'auteur n'aurait pas pu présenter ces déclarations à titre de preuve de fond dans sa seule déposition en raison de l'application d'une règle d'exclusion. En conséquence, en l'absence de l'auteur de la déclaration au procès, l'analyse fondée sur des principes ne devrait pas être appliquée indirectement de façon à permettre l'admission de ces déclarations comme preuve de leur véracité.

À la lumière de ces principes, nous examinerons si le témoignage de Graham à l'enquête préliminaire est suffisamment nécessaire et fiable pour en permettre la réception au cours d'un procès criminel subséquent, en vertu d'une exception de principe à la règle du ouï-dire.

### 1. La nécessité

Conformément à l'analyse fondée sur des principes que notre Cour a formulée, il sera nécessaire de se servir d'une preuve par ouï-dire lorsque l'auteur de la déclaration ne peut témoigner au procès et que la partie n'est pas en mesure d'obtenir une preuve de qualité similaire d'une autre source: *B. (K.G.)*, à la p. 796. Conformément à une définition souple du critère de la nécessité, il n'existe aucun motif de restreindre les causes de non-disponibilité de l'auteur d'une déclaration à une liste prédéterminée. Voici comment Wigmore formule le critère de la nécessité (*Wigmore on Evidence, op. cit.*, au §1421):

[TRADUCTION] (1) Il se peut que l'auteur de la déclaration présentée soit maintenant décédé, hors du ressort,



unavailable for the purpose of testing. [Italics in original; underlining added.]

But as this Court indicated in *B. (K.G.)*, at pp. 797-98, the statement of a declarant may still meet the necessity criterion in limited circumstances where the declarant is not unavailable in the strict physical sense. See, e.g., *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829, at para. 20, *per* McLachlin J.

For the purposes of these appeals, it will suffice to hold that the preliminary inquiry testimony of a witness will satisfy the criterion of necessity where the witness is generally unavailable to testify at trial. Without restricting the precise content of “unavailability”, the categories of absence recognized under s. 715, specifically death, illness, and insanity, offer a helpful guide to the types of circumstances under which it will be sufficiently necessary to consider the admission of the witness’s former testimony.

In this instance, we are satisfied that Graham was unavailable to testify on behalf of the Crown for the purposes of the necessity criterion. The prosecution could not call upon Graham to testify as a result of her spousal incompetency, and there was no other means of presenting evidence of a similar value before the court. In both *Khan*, at p. 548, and *Rockey*, *supra*, at para. 20, the Court similarly found that the necessity criterion would be met in circumstances where a child declarant was legally incompetent to give *viva voce* evidence at trial.

## 2. Reliability

The requirement of reliability will be satisfied where the hearsay statement was made in circumstances which provide sufficient guarantees of its trustworthiness. In particular, the circumstances must counteract the traditional evidentiary dangers associated with hearsay. As the Court explained in *B. (K.G.)*, at p. 787:

The history of the common law exceptions to the hearsay rule suggests that for a hearsay statement to be

aliéné ou, pour quelque autre motif, non disponible aux fins de la vérification. [En italique dans l’original; je souligne.]

Cependant, comme notre Cour l’a indiqué dans *B. (K.G.)*, aux pp. 797 et 798, la déclaration peut quand même satisfaire au critère de la nécessité dans quelques cas où son auteur n’est pas disponible dans un sens strictement physique. Voir par exemple *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829, au par. 20, le juge McLachlin.

Pour les fins des présents pourvois, il suffira de conclure qu’un témoignage reçu à l’enquête préliminaire satisfait au critère de la nécessité si son auteur n’est généralement pas disponible pour témoigner au procès. Sans restreindre le contenu précis de la «non-disponibilité», les catégories d’absence reconnues à l’art. 715 — plus particulièrement le décès, la maladie et l’aliénation — sont utiles pour déterminer dans quelles circonstances il sera suffisamment nécessaire d’envisager l’admission d’un témoignage antérieur.

En l’espèce, aux fins de l’application du critère de la nécessité, nous sommes convaincus que Graham ne pouvait témoigner pour le compte du ministère public. Le poursuivant ne pouvait assigner Graham à témoigner en raison de la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner, et il n’existait aucun autre moyen de présenter au tribunal une preuve d’une valeur similaire. Dans *Khan*, à la p. 548, et dans *Rockey*, précité, au par. 20, notre Cour a de la même façon conclu qu’il serait satisfait au critère de la nécessité dans le cas où un enfant qui a fait une déclaration était, en droit, inhabile à témoigner de vive voix au procès.

## 2. La fiabilité

L’exigence de fiabilité sera remplie si la déclaration relatée a été faite dans des circonstances qui fournissent des garanties suffisantes de sa fiabilité. Tout particulièrement, les circonstances doivent neutraliser les dangers en matière de preuve qui ont de tout temps été associés au oui-dire. Comme l’a expliqué notre Cour dans *B. (K.G.)*, à la p. 787:

L’évolution des exceptions à la règle du oui-dire reconnues en common law donne à entendre que l’ad-

72

73

74

received, there must be some other fact or circumstance which compensates for, or stands in the stead of the oath, presence and cross-examination.

missibilité du ouï-dire repose sur l'existence de certains autres faits ou circonstances qui remplacent le serment, la présence à l'audience et le contre-interrogatoire, ou qui en tiennent lieu.

75

The criterion of reliability is concerned with threshold reliability, not ultimate reliability. The function of the trial judge is limited to determining whether the particular hearsay statement exhibits sufficient indicia of reliability so as to afford the trier of fact a satisfactory basis for evaluating the truth of the statement. More specifically, the judge must identify the specific hearsay dangers raised by the statement, and then determine whether the facts surrounding the utterance of the statement offer sufficient circumstantial guarantees of trustworthiness to compensate for those dangers. The ultimate reliability of the statement, and the weight to be attached to it, remain determinations for the trier of fact.

Le critère de la fiabilité vise un seuil de fiabilité et non une fiabilité absolue. La tâche du juge du procès se limite à déterminer si la déclaration relatée en question renferme suffisamment d'indices de fiabilité pour fournir au juge des faits une base satisfaisante pour examiner la véracité de la déclaration. Plus particulièrement, le juge doit cerner les dangers spécifiques du ouï-dire auxquels donne lieu la déclaration et déterminer ensuite si les faits entourant cette déclaration offrent suffisamment de garanties circonstancielles de fiabilité pour contrebalancer ces dangers. Il continue d'appartenir au juge des faits de se prononcer sur la fiabilité absolue de la déclaration et le poids à lui accorder.

76

We are persuaded that a witness's testimony before a preliminary inquiry will generally satisfy this threshold test of reliability since there are sufficient guarantees of trustworthiness. A preliminary inquiry will involve precisely the same issues and the same parties as the trial. The hearsay dangers associated with testimony in such an adjudicative proceeding are minimal. Preliminary inquiry testimony is given under oath, and is also subject to the adverse party's right to contemporaneous cross-examination. It is only tainted by the lack of the declarant's presence before the trier of fact. As this Court previously stressed in *B. (K.G.)*, at p. 792, the inability to observe the declarant's demeanour on the stand can handicap the trier of fact's ability to assess the credibility of the declarant:

Nous sommes convaincus qu'un témoignage recueilli à une enquête préliminaire permettra généralement de satisfaire à ce critère de seuil de fiabilité puisqu'il fournit suffisamment de garanties de fiabilité. En effet, au cours d'une enquête préliminaire, les questions en litige et les parties seront exactement les mêmes qu'au procès. Les dangers du ouï-dire associés au témoignage dans une telle procédure décisionnelle sont minimes. À l'enquête préliminaire, le témoignage est fait sous serment et la partie adverse a la possibilité de contre-interroger le témoin au moment de la déclaration. La seule faiblesse que comporte ce témoignage est l'absence de son auteur devant le juge des faits. Comme notre Cour l'a fait ressortir dans *B. (K.G.)*, à la p. 792, l'impossibilité pour le juge des faits d'observer le comportement de l'auteur de la déclaration à la barre peut porter atteinte à sa capacité de juger de sa crédibilité:

When the witness is on the stand, the trier can observe the witness's reaction to questions, hesitation, degree of commitment to the statement being made, etc. Most importantly, and subsuming all of these factors, the trier can assess the relationship between the interviewer and the witness to observe the extent to which the testimony of the witness is the product of the investigator's questioning. Such subtle observations and cues cannot be

Quand le témoin est à la barre, le juge des faits peut observer ses réactions aux questions, ses hésitations, il peut voir s'il est catégorique, etc. Fait plus important, qui subsume tous ces facteurs, le juge peut évaluer la relation entre celui qui pose les questions et le témoin, et mesurer dans quelle mesure le témoignage est le produit de l'interrogatoire. Ces observations et indications subtiles ne ressortent pas d'une transcription lue à l'au-

gleaned from a transcript, read in court in counsel's monotone, where the atmosphere of the exchange is entirely lost.

However, the existence of this sole danger is not fatal to the threshold reliability of prior testimony. In both *Smith* and *Khan*, the trier of fact was unable to observe the demeanour of the declarant, but this Court nonetheless found that surrounding indicia of reliability compensated for this disadvantage. Indeed, under many of the recognized exceptions to the hearsay rule, the trier of fact will not enjoy the opportunity to observe the declarant on the stand. See, e.g., *Ares v. Venner*, *supra* (business records exception). In our view, this limited danger is more than compensated by the circumstantial guarantees of trustworthiness inherent in the adversarial, adjudicative process of a preliminary inquiry. A declarant's statements before an inquiry are given under oath or affirmation before the adverse party, and the accuracy of the statement is certified by a written transcript which is signed by the judge. Most importantly, the statement is subject to contemporaneous cross-examination and, as Arbour J.A. noted, the party against whom the hearsay evidence is tendered has the power, at trial, to call the witness whose out-of-court statement is being offered. Indeed, it is difficult to imagine more reliable circumstances for a declarant to utter an out-of-court statement which is then tendered into evidence.

In this regard, it is worth repeating that the early common law was prepared to admit former testimony under certain circumstances, thus implicitly accepting the general reliability of former testimony notwithstanding the lack of the declarant's presence. In both the United States and Great Britain, legislators have concluded that testimony in preliminary hearings is sufficiently reliable to permit its substantive reception at trial. In Great Britain, Parliament has effectively codified the historical position of the common law through a number of statutes. See *Cross and Tapper on Evidence*, at p. 721. In the U.S., Rule 804(b)(1) of the *Federal Rules of Evidence* permits the use of the prior testi-

dience par un avocat sur un ton monocorde et faisant totalement abstraction du climat de l'échange.

Cependant, l'existence de ce seul danger n'a pas une incidence fatale sur le seuil de fiabilité du témoignage antérieur. Dans les arrêts *Smith* et *Khan*, le juge des faits n'avait pas pu observer le comportement de l'auteur de la déclaration, mais notre Cour a néanmoins conclu que d'autres indices de fiabilité contrebalançaient ce désavantage. En fait, un grand nombre des exceptions à la règle du ouï-dire, feront en sorte que le juge des faits sera dans l'impossibilité d'observer l'auteur de la déclaration à la barre. Voir par exemple *Ares c. Venner*, précité (exception relative aux dossiers d'entreprise). À notre avis, ce danger limité est plus que contrebalancé par les garanties circonstancielles de fiabilité propres à la procédure décisionnelle de nature accusatoire que constitue l'enquête préliminaire. Les déclarations à une enquête préliminaire sont faites sous serment ou affirmation en présence de la partie adverse, et leur exactitude est attestée par une transcription écrite signée par le juge. Fait plus important, l'auteur peut être contre-interrogé au moment précis de la déclaration et, comme l'a dit le juge Arbour, la partie contre qui la preuve par ouï-dire est présentée peut assigner comme témoin, au procès, l'auteur de la déclaration extrajudiciaire déposée. En fait, il est difficile de songer à des circonstances plus fiables dans lesquelles une personne peut faire une déclaration extrajudiciaire qui est ensuite déposée en preuve.

À cet égard, il vaut la peine de répéter qu'à l'origine, on était disposé en common law à admettre un témoignage antérieur dans certaines circonstances, acceptant ainsi implicitement la fiabilité générale malgré l'absence de l'auteur de la déclaration. Aux États-Unis et en Grande-Bretagne, le législateur estime qu'un témoignage reçu à l'enquête préliminaire est suffisamment fiable pour en permettre la réception quant au fond au procès. En Grande-Bretagne, le Parlement a codifié la position historique de la common law dans plusieurs lois. Voir *Cross and Tapper on Evidence*, à la p. 721. Aux États-Unis la règle 804(b)(1) des *Federal Rules of Evidence* permet l'utilisation du témoi-

mony of an unavailable witness through an exception to the hearsay rule where the adverse party had the opportunity to cross-examine the declarant. The U.S. Supreme Court has underscored the “guarantees of trustworthiness in the accouterments of the preliminary hearing itself”: *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980), at p. 73. McCormick stated that “few [hearsay] exceptions measure up in terms of the reliability of statements under former testimony”: *McCormick on Evidence*, at p. 322.

gnage antérieur d’un témoin absent par application d’une exception à la règle du oui-dire pourvu que la partie adverse ait eu la possibilité de contre-interroger l’auteur de la déclaration. La Cour suprême des États-Unis a souligné les [TRADUCTION] «garanties de fiabilité qu’offre le déroulement même de l’enquête préliminaire»: *Ohio c. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980), à la p. 73. McCormick a affirmé que [TRADUCTION] «peu d’exceptions [à la règle du oui-dire] sont à la hauteur pour ce qui est de la fiabilité de déclarations faites lors d’un témoignage antérieur»: *McCormick on Evidence*, à la p. 322.

79

For these reasons, we find that a witness’s recorded testimony before a preliminary inquiry bears sufficient hallmarks of trustworthiness to permit the trier of fact to make substantive use of such statements at trial. The surrounding circumstances of such testimony, particularly the presence of an oath or affirmation and the opportunity for contemporaneous cross-examination, more than adequately compensate for the trier of fact’s inability to observe the demeanour of the witness in court. The absence of the witness at trial goes to the weight of such testimony, not to its admissibility.

Pour ces motifs, nous sommes d’avis qu’un témoignage enregistré lors d’une enquête préliminaire comporte suffisamment de garanties de fiabilité pour permettre au juge des faits d’en faire une utilisation quant au fond au cours du procès. Les circonstances entourant ce témoignage, tout particulièrement l’existence d’un serment ou d’une affirmation et la possibilité de contre-interrogatoire au moment de la déclaration font plus que contrebalancer l’impossibilité pour le juge des faits d’observer le comportement du témoin en cour. L’absence du témoin au procès influe sur le poids et non sur l’admissibilité du témoignage.

80

In this instance, the statements of Graham were made under oath before a properly constituted preliminary inquiry, and they were subject to the opportunity of contemporaneous cross-examination by counsel for both Hawkins and Morin (an opportunity which appears to have been vigorously exercised in this instance). As well, the statements of Graham were transcribed under circumstances which support their authenticity. Accordingly, we find that the statements of Graham before the inquiry satisfy the criterion of reliability.

En l’espèce, Graham a fait ses déclarations sous serment à une enquête préliminaire régulièrement constituée et a pu, au moment précis de ces déclarations, être contre-interrogée par les avocats de Hawkins et de Morin (possibilité dont ils paraissent s’être vigoureusement prévalus en l’espèce). De plus, les déclarations de Graham ont été transcrites dans des circonstances qui appuient leur authenticité. Par conséquent, nous sommes d’avis que les déclarations de Graham à l’enquête préliminaire satisfont au critère de la fiabilité.

81

The trial judge held that Graham’s testimony before the preliminary inquiry was so inherently unreliable that it failed to pass the test of threshold reliability set out in *Khan, Smith and B. (K.G.)*. In his view, the value of her testimony was permanently corrupted as a result of its internal contradictions, and as a result of her exposure to numerous threats and inducements during the inquiry. We disagree with the trial judge’s application of

Le juge du procès a statué que le témoignage de Graham à l’enquête préliminaire était tellement peu fiable en soi qu’il ne satisfaisait pas au critère du seuil de fiabilité énoncé dans les arrêts *Khan, Smith et B. (K.G.)*. À son avis, la valeur de ce témoignage était irrémédiablement viciée vu ses contradictions internes et les nombreuses menaces et promesses dont Graham a fait l’objet au cours de l’enquête. Nous ne sommes pas d’accord avec

the principled framework. These considerations relate to the actual probative value of Graham's testimony, and thus relate to the question of "ultimate reliability" rather than "threshold reliability". As stressed previously, the test of threshold reliability is limited to an examination of the surrounding circumstances of the prior statements to determine whether there are sufficient guarantees of trustworthiness to counteract the traditional hearsay dangers. However, considerations of the weight and probative value of a declarant's statements may be relevant to the exercise of the trial judge's residual discretion to exclude evidence. Thus, we shall defer our analysis of the judge's conclusions on the inherent plausibility of Graham's testimony to our discussion of the court's residual discretion.

### 3. Initial Conclusions

In cases where the testimony of a witness before a preliminary inquiry is not rendered admissible by s. 715 of the *Code*, the testimony may still be substantively admissible at the ensuing trial under a principled exception to the hearsay rule if the witness's prior statements meet the dual requirements of "necessity" and "reliability". In our view, statements before the inquiry will generally be necessary at trial where the witness is no longer available to testify. Such prior statements will also generally be reliable where they were delivered under oath and subject to the opportunity of cross-examination within a larger adjudicative proceeding which promotes the search for truth. Accordingly, under the *Khan, Smith* and *B. (K.G.)* framework, a trial judge may permit the trier of fact to consider such statements for the truth of their contents if the witness could have offered such statements into evidence as a competent and available witness at trial according to the ordinary rules governing the admissibility of evidence. Where necessary, the trial judge should properly caution the jury in relation to the proper weight to be attached to such statements given the witness's lack of presence in court. The trial judge, of course, continues to be vested with the residual discretion to exclude

l'application que le juge du procès fait de l'analyse fondée sur des principes. Ces considérations se rapportent à la valeur probante même du témoignage de Graham, et donc à la question de la «fiabilité absolue» et non à celle du «seuil de fiabilité». Comme nous l'avons déjà fait ressortir, l'application du critère du seuil de fiabilité se limite à un examen des circonstances ayant entouré la prise des déclarations antérieures, de façon à déterminer si elles comportent suffisamment de garanties de fiabilité pour contrebalancer les dangers traditionnels du oui-dire. Cependant, les questions du poids et de la valeur probante des déclarations d'une personne peuvent être pertinentes relativement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge d'exclure la preuve. C'est pourquoi nous reportons l'analyse des conclusions du juge sur la plausibilité fondamentale du témoignage de Graham à notre examen du pouvoir discrétionnaire résiduel du tribunal.

### 3. Les conclusions initiales

Lorsqu'un témoignage reçu à une enquête préliminaire n'est pas admissible en application de l'art. 715 du *Code*, il peut encore être admissible quant au fond au procès subséquent en vertu d'une exception de principe à la règle du oui-dire, dans la mesure où les déclarations antérieures du témoin satisfont à la double exigence de «nécessité» et de «fiabilité». À notre avis, les déclarations faites à l'enquête seront généralement nécessaires au procès si le témoin ne peut plus témoigner. En outre, ces déclarations antérieures seront généralement fiables si elles ont été faites sous serment et accompagnées d'une possibilité de contre-interrogatoire dans le cadre d'une procédure décisionnelle qui favorise la recherche de la vérité. Par conséquent, conformément à l'analyse formulée dans les arrêts *Khan, Smith* et *B. (K.G.)*, le juge du procès peut permettre au juge des faits d'examiner ces déclarations pour déterminer la véracité de leur contenu si le témoin avait pu présenter ces déclarations à titre de témoin habile à témoigner et présent au procès, selon les règles ordinaires d'admissibilité de la preuve. Au besoin, le juge du procès devrait faire une mise en garde appropriée au jury quant au poids devant être accordé à ces déclarations vu l'absence du témoin en cour. Le juge du

such statements where their probative value is outweighed by their risk of prejudice.

procès continue, bien entendu, de disposer du pouvoir discrétionnaire résiduel d'écarter ces déclarations si leur valeur probante a moins de poids que le risque de préjudice.

83

For the purposes of these appeals, we are not called upon to decide whether testimony given in a prior adjudicative proceeding other than a preliminary inquiry may be similarly received into evidence at a criminal trial under a principled exception to the hearsay rule. See, e.g., *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at pp. 852-55, *per* Cory J. (admissibility of prior deposition in absence of cross-examination in context of war crime prosecution). Similarly, it is unnecessary to determine whether testimony delivered before a preliminary inquiry in one criminal proceeding may be read into evidence at a criminal trial in a separate criminal proceeding (i.e., a trial involving a different charge, or a different accused). Finally, we have not considered whether and under what circumstances a witness's preliminary inquiry testimony may be admitted for its substantive use as a prior inconsistent statement in accordance with the principles of *B. (K.G.)* and *U. (F.J.)*. See *R. v. Clarke* (1993), 82 C.C.C. (3d) 377 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), *aff'd* (1994), 95 C.C.C. (3d) 275 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1995] 3 S.C.R. vi.

Pour les fins des présents pourvois, nous n'avons pas à décider si un témoignage fait lors d'une procédure décisionnelle antérieure autre qu'une enquête préliminaire peut, en vertu d'une exception de principe à la règle du oui-dire, être reçu en preuve dans un procès criminel. Voir par exemple, *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, aux pp. 852 à 855, le juge Cory (l'admissibilité d'une déposition antérieure en l'absence d'un contre-interrogatoire dans le contexte de poursuites relatives à des crimes de guerre). De même, il n'est pas nécessaire de déterminer si le témoignage reçu lors de l'enquête préliminaire dans le cadre d'une procédure criminelle peut être lu à titre de preuve dans un procès criminel distinct (c.-à-d. un procès pour une accusation différente ou contre un accusé différent). Enfin, nous n'avons pas examiné en l'espèce si un témoignage fourni à l'enquête préliminaire peut être admis comme preuve de fond à titre de déclaration antérieure incompatible conformément aux principes formulés dans les arrêts *B. (K.G.)* et *U. (F.J.)* ni dans quelles circonstances il pourrait y avoir une telle admission. Voir *R. c. Clarke* (1993), 82 C.C.C. (3d) 377 (C. Ont. (Div. gén.)), *conf. par* (1994), 95 C.C.C. (3d) 275 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1995] 3 R.C.S. vi.

84

In this instance, we are persuaded that Graham's statements before the inquiry on September 7 and 8, 1988, and January 19 and February 20, 1989, are sufficiently necessary and reliable to permit the Crown to make substantive use of such statements at trial under a principled exception to the hearsay rule. We also hold that the body of Graham's statements was properly admissible as direct testimony before the preliminary inquiry. The substance of her incriminating statements represented party admissions (i.e., "Hawkins told me X"), which fall under a recognized exception to the hearsay rule. To the extent that some of her statements may have been improperly received before the inquiry under the ordinary rules governing the admissibility of

En l'espèce, nous sommes convaincus que les déclarations que Graham a faites à l'enquête préliminaire les 7 et 8 septembre 1988, le 19 janvier et le 20 février 1989 sont suffisamment nécessaires et fiables pour que le ministère public puisse, en vertu d'une exception de principe à la règle du oui-dire, les utiliser quant au fond au cours du procès. Nous statuons aussi que la majeure partie des déclarations de Graham était régulièrement admissible à titre de témoignage direct fourni à l'enquête préliminaire. Les déclarations incriminantes qu'elle a faites étaient essentiellement des aveux faits par une partie à l'instance («Hawkins m'a dit X»), exception reconnue à la règle du oui-dire. Dans la mesure où certaines des déclarations de

evidence, they should not then be admitted at trial under the principled hearsay framework. Thus, it will be open to the co-appellants to object to the reception of specific statements on this basis during their new trial.

#### 4. The Trial Judge's Residual Discretion

It remains to be seen whether the trial judge ought to have nonetheless excluded Graham's evidence before the inquiry under his residual discretion at common law. Even where a particular hearsay statement satisfies the criteria for necessity and reliability under the reformed framework, the statement remains subject to the judge's residual discretion to exclude the statement where "its probative value is slight and undue prejudice might result to the accused": *Smith, supra*, at p. 937. The existence of this discretion, of course, is constitutionalized by the guarantee of a fair trial under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at p. 579. And as underscored by McLachlin J. in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 610, the meaning of "prejudice" must be broadly understood as encompassing both prejudice to the accused and prejudice to the trial process itself.

In his discussion of the court's residual discretion under both s. 715 and the principled framework, the trial judge suggested that the admission of the transcripts of Graham's prior testimony at trial would result in undue prejudice to the co-appellant Hawkins. It was submitted that the probative value of her testimony was slight in light of the direct contradictions within her testimony and her exposure to numerous outside influences. This probative value was arguably further diminished by the inability of the trier of fact to assess the credibility of Graham on the stand. Furthermore, the trial judge found that the reception of such evidence would result in unfairness to Hawkins, as it

Graham peuvent avoir été reçues de façon irrégulière à l'enquête compte tenu des règles ordinaires d'admissibilité de la preuve, elles ne devraient pas être admises au procès dans le cadre de l'analyse fondée sur des principes en matière de oui-dire. En conséquence, au cours du nouveau procès, les coappellants pourront sur ce fondement s'opposer à la réception de certaines déclarations données.

#### 4. Le pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès

Il reste à déterminer si, en vertu de son pouvoir discrétionnaire résiduel en common law, le juge du procès aurait dû néanmoins exclure le témoignage de Graham recueilli à l'enquête préliminaire. Même dans le cas où une déclaration relatée particulière satisfait aux critères de la nécessité et de la fiabilité en vertu de l'analyse réformée, cette déclaration est toujours assujettie au pouvoir discrétionnaire résiduel que possède le juge d'exclure la déclaration lorsque «sa valeur probante est faible et que l'accusé pourrait subir un préjudice indu»: *Smith*, précité, à la p. 937. L'existence de ce pouvoir discrétionnaire est, bien entendu, constitutionnalisée par l'inscription du droit à un procès équitable à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*: *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, à la p. 579. De plus, comme le juge McLachlin l'a fait ressortir dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 610, il faut interpréter le «préjudice» d'une façon large de façon à englober à la fois le préjudice causé à l'accusé et celui causé au procès même.

Dans son examen du pouvoir discrétionnaire résiduel prévu à l'art. 715 et de l'analyse fondée sur des principes, le juge du procès s'est dit d'avis que l'admission au procès des transcriptions du témoignage antérieur de Graham causerait un préjudice indu au coappellant Hawkins. Il a soutenu que la valeur probante du témoignage de Graham était faible compte tenu des contradictions directes qu'il contenait et des nombreuses influences extérieures qui avaient été exercées sur elle. Il a aussi affirmé que cette valeur probante se trouvait davantage diminuée en raison de l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer la crédibilité de Graham à la barre. Par ailleurs, le juge du procès a

would indirectly undermine the operation of the spousal incompetency rule and endanger the harmony of his “on-going successful” marriage with Graham. The majority of the Court of Appeal disagreed, holding that the admission of such testimony under a principled exception would not operate unfairly against the co-appellants Hawkins and Morin.

conclu que la réception de cette preuve serait inéquitable pour Hawkins puisqu'elle porterait indirectement atteinte à l'application de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner et compromettrait l'harmonie de son mariage «heureux» avec Graham. La Cour d'appel à la majorité n'était pas d'accord, statuant que l'admission de ce témoignage en vertu d'une exception de principe n'aurait pas d'effet inéquitable sur les coappellants Hawkins et Morin.

87

We find that the trial judge should not have exercised his discretion to exclude the evidence of Graham's testimony before the preliminary inquiry. In our view, the risk of undue prejudice arising from Graham's testimony did not substantially exceed the potential probative value of such evidence at trial.

Nous concluons que le juge du procès n'aurait pas dû exercer son pouvoir discrétionnaire d'exclure de la preuve le témoignage de Graham recueilli à l'enquête préliminaire. À notre avis, le risque de préjudice indu découlant du témoignage de Graham n'était pas beaucoup plus important que l'éventuelle valeur probante de cette preuve au procès.

(a) *Probative Value*

a) *La valeur probante*

88

To begin, we do not accept that Graham's prior testimony was devoid of probative value as a result of the internal contradictions of her testimony. The simple fact of recantation, in our view, does not provide a basis for the exclusion of a witness's testimony. Indeed, if it were otherwise, it is difficult to see how a prior inconsistent statement which met the requirements of *B. (K.G.)* and *U. (F.J.)* could ever survive exclusion under a trial judge's residual discretion. In a typical situation of a recantation on the stand, the trier of fact will be able to observe the witness's contradictory testimony under both direct examination and cross-examination. Notwithstanding the internal inconsistencies of such testimony, the trier of fact may reasonably conclude on the basis of all the evidence before it that the witness's original story ought to be preferred over the witness's subsequent recantation, or vice versa.

Nous tenons tout d'abord à préciser que nous ne croyons pas que le témoignage antérieur de Graham était dépourvu de valeur probante à cause de ses contradictions internes. À notre avis, la simple existence d'une rétractation ne constitue pas un motif d'exclure le témoignage d'une personne. En fait, si tel n'était pas le cas, il serait difficile de voir comment une déclaration antérieure incompatible qui satisfait aux exigences des arrêts *B. (K.G.)* et *U. (F.J.)* pourrait ne pas être exclue en vertu du pouvoir discrétionnaire résiduel du juge du procès. Dans une situation typique de rétractation à la barre, le juge des faits pourra observer la déposition contradictoire du témoin au cours tant de l'interrogatoire principal que du contre-interrogatoire. Malgré les contradictions internes d'un tel témoignage, le juge des faits peut raisonnablement conclure, sur le fondement de l'ensemble de la preuve, qu'il y a lieu de retenir la version initiale du témoin plutôt que la rétractation subséquente, ou vice versa.

89

In this instance, even in the absence of Graham's presence in court, we believe that the transcripts of the inquiry have probative value in determining whether or not the co-appellants committed the alleged offences. The trier of fact will

En l'espèce, nous sommes d'avis que, même en l'absence de Graham devant le tribunal, les transcriptions du témoignage qu'elle a rendu à l'enquête préliminaire ont une valeur probante pour déterminer si les coappellants ont commis ou non



still be able to scrutinize the content of Graham's transcribed testimony, including her choice of words and verbal hesitations, under both direct and cross examination. When these transcripts are viewed in light of the other surrounding evidence presented by the Crown, the trier of fact may still be able to conclude reasonably that one of her contradictory versions of events ought to be preferred over the other. Additionally, Graham's preliminary inquiry testimony has probative value in relation to the matters in respect of which she did not contradict herself (e.g. Hawkins' propensity for abuse and Hawkins' general knowledge of Morin).

Finally, we do not agree that Graham's exposure to numerous outside influences deprived her testimony of its potential probative value. We are not persuaded that the myriad of individuals pressuring Graham so contaminated her testimony that she was reduced to a mere puppet of outside interests. Furthermore, there was no evidence that the police or Hawkins elicited her testimony by direct inducement or by coercion. In summary, notwithstanding the contradictions in and outside influences upon Graham's testimony, we find that the trier of fact may indeed derive significant probative value from her statements at the preliminary inquiry. The trier is ultimately free to discount select portions of her former testimony, or to reject her testimony in its entirety, based on their findings of credibility. But we are not persuaded that Graham's testimony was so corrupted and its evidentiary value so slight that a reasonable and well-instructed jury would be unable to draw any inferences from it.

(b) *Prejudice and Unfairness*

The trial judge found that Hawkins would suffer undue prejudice from the admission of Graham's former testimony since the admission of such evidence would effectively remove the legal protection Hawkins enjoys under the spousal incompete-

les infractions reprochées. Le juge des faits pourra toujours examiner le contenu de la transcription du témoignage de Graham, y compris son choix de termes et ses hésitations verbales, tant lors de l'interrogatoire principal que du contre-interrogatoire. Lorsqu'il examinera ces transcriptions par rapport aux autres éléments de preuve présentés par le ministère public, le juge des faits pourra encore raisonnablement conclure que l'une des versions contradictoires devrait être préférée à l'autre. De plus, le témoignage de Graham à l'enquête préliminaire a une valeur probante quant aux autres questions sur lesquelles elle ne s'est pas contredite (par exemple, la tendance à la violence de Hawkins et la connaissance générale que Hawkins avait de Morin).

Enfin, nous ne croyons pas que les nombreuses influences extérieures exercées sur Graham aient privé son témoignage de son éventuelle valeur probante. Nous ne sommes pas convaincus que les nombreuses personnes qui ont exercé des pressions sur Graham ont à ce point influé sur son témoignage qu'elle était pour ainsi dire devenue le pantin d'intérêts extérieurs. Par ailleurs, il n'existait aucune preuve que la police ou Hawkins ait obtenu son témoignage par des promesses directes ou par la contrainte. Bref, malgré les contradictions dans le témoignage de Graham et les influences extérieures qu'elle a subies, nous croyons que le juge des faits peut fort bien accorder une valeur probante importante aux déclarations qu'elle a faites à l'enquête préliminaire. Sur le fondement de ses conclusions quant à la crédibilité, le juge des faits est en fin de compte libre d'exclure certaines parties du témoignage antérieur ou de le rejeter en totalité. Cependant, nous ne sommes pas convaincus que le témoignage de Graham était tellement vicié et avait une valeur probante si faible qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées serait incapable d'en tirer des conclusions.

b) *Le préjudice et l'iniquité*

Le juge du procès a conclu que l'admission du témoignage antérieur de Graham causerait un préjudice indu à Hawkins puisqu'il se trouverait alors effectivement privé de la protection légale dont il bénéficie en vertu de la règle de l'incapacité du

tency rule. Specifically, Philp J. reasoned that, if the Crown is precluded from calling Graham as a competent witness at trial out of respect for Hawkins' marital harmony, then that same respect should prevent the Crown from reading Graham's preliminary inquiry testimony into evidence.

92 The Court of Appeal, by contrast, saw no unfairness to the accused. As Arbour J.A. stated (at pp. 243-44): "Cherie Graham cannot be called by the Crown to give evidence. It does not follow, however, that her evidence is inadmissible if it can be put before the court by some other means".

93 We should first point out that there has been no evidence indicating how the admission of Graham's preliminary inquiry testimony would actually prejudice the accused and the trial process. It is only this sort of prejudice that is relevant to the exercise of discretion. Nonetheless, to this point, the concern has been whether admitting Graham's statements would result in any "unfairness" and undermine the accused's relationship with her. In this respect, we agree with the conclusions of the Court of Appeal. The reception of Graham's prior testimony through a principled exception to the hearsay rule would not result in undue unfairness to the co-appellant. The admission of the transcripts at trial would not undermine the established protection of the spousal incompetency rule. The rule serves to protect the appellant's dual interests in preserving his marital harmony and in avoiding the "natural repugnance" of having his spouse testify against him in the course of the marriage. But neither of those interests is threatened in this instance.

94 If Graham was compelled to testify at trial for the prosecution following her marriage with Hawkins, his marital harmony would indeed be jeopardized. However, we do not believe that his marital bond would be similarly threatened if the prosecution simply read into evidence the testi-

conjoint à témoigner. Plus particulièrement, le juge Philp a posé comme raisonnement que si, par respect pour l'harmonie conjugale de Hawkins, le ministère public ne peut assigner Graham comme témoin habile à témoigner au procès, alors ce même respect devrait empêcher le ministère public de lire à titre de preuve le témoignage reçu de Graham à l'enquête préliminaire.

Par contre, la Cour d'appel n'était pas d'avis que la situation était inéquitable pour l'accusé. Comme l'a affirmé le juge Arbour (aux pp. 243 et 244): «Cherie Graham ne peut être assignée à témoigner par le ministère public. Cependant, il ne s'ensuit pas que son témoignage est inadmissible s'il peut être présenté au tribunal par un autre moyen».

Nous tenons tout d'abord à signaler qu'aucune preuve n'a été présentée indiquant de quelle façon l'admission du témoignage que Graham a fourni à l'enquête préliminaire porterait préjudice à l'accusé et au procès. C'est là le seul genre de préjudice qui est pertinent pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Cependant, jusqu'ici, on s'est préoccupé de savoir si l'admission des déclarations de Graham entraînerait une «iniquité» et nuirait à la relation de l'accusé avec celle-ci. À cet égard, nous sommes d'accord avec les conclusions de la Cour d'appel. La réception du témoignage antérieur de Graham en application d'une exception de principe à la règle du oui-dire n'entraînerait pas d'iniquité indue pour le coappellant. L'admission des transcriptions au procès n'irait pas à l'encontre de la protection offerte en vertu de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner. Cette règle sert à protéger le double intérêt de l'appellant, soit celui de préserver l'harmonie conjugale et d'éviter la «répugnance naturelle» de Hawkins à voir sa conjointe témoigner contre lui pendant qu'ils sont mariés. Cependant, ni l'un ni l'autre de ces intérêts n'est menacé en l'espèce.

Si Graham était contrainte à témoigner au procès pour le poursuivant ultérieurement à son mariage avec Hawkins, l'harmonie conjugale serait effectivement compromise. Cependant, nous ne croyons pas que le lien matrimonial serait mis en danger si le poursuivant ne faisait que lire à titre

mony which Graham willingly gave before an adjudicative proceeding prior to the marriage.

It is hard to accept, conceptually or practically, that Graham's testimony caused any lasting disharmony between them, when one reviews the sequence of events and the conduct of the parties. The preliminary inquiry was held on September 7 and 8, 1988. Graham appeared voluntarily as a witness for the Crown. She later appeared before the resumed inquiry in early 1989 and partially recanted her previous testimony. She did not retract her previous statements in relation to her fear of Hawkins, his threats of abuse and violence, his friendly connections with Morin, his threats to her life and her discussions with Hawkins on marriage as a means for preventing her from testifying at trial. Despite these incriminating words of Graham's, Hawkins nonetheless married Graham on March 31, 1989. If this previous testimony did not irreparably harm their romantic and emotional bond prior to their nuptials, looking at all the circumstances, it is difficult to see how the production of transcripts accurately recounting this testimony would do so now.

Furthermore, it is difficult to see how the admission of the transcripts would result in an incident of "natural repugnance" to the marriage. As Wigmore explained this second surviving justification of the spousal incompetency rule, the law must prevent the inherent human harshness in permitting an accused's spouse to assume the stand to assist in the accused's prosecution. But since the Crown may not call or compel Graham to assume the stand, Graham is not being conscripted and the threat of a repugnant spectacle is avoided. In short, the operation of the principled exception to the hearsay rule would not thwart the purposes underlying the spousal competency rule.

de preuve le témoignage que Graham a volontairement donné dans le cours d'une procédure décisionnelle avant le mariage.

Lorsque l'on examine la chronologie des événements et la conduite des parties, il est difficile de croire, d'un point de vue conceptuel ou pratique, que le témoignage de Graham a causé un désaccord durable entre les conjoints. L'enquête préliminaire a eu lieu les 7 et 8 septembre 1988. Graham a comparu volontairement à titre de témoin pour le poursuivant. Elle a plus tard comparu de nouveau à la reprise de l'enquête au début de 1989 et a partiellement rétracté son témoignage précédent. Elle n'a pas rétracté ses déclarations antérieures relatives à la crainte qu'elle avait de Hawkins, à ses menaces de violence, à l'amitié qui existait entre Hawkins et Morin, aux menaces de mort que Hawkins avait proférées à son égard et à la possibilité de mariage dont elle avait discuté avec Hawkins comme moyen de l'empêcher de témoigner au procès. Malgré ce témoignage incriminant de Graham, Hawkins l'a néanmoins épousée le 31 mars 1989. Si ce témoignage antérieur n'a pas irrémédiablement détruit leur liaison romantique et amoureuse avant le mariage, il est difficile de voir, compte tenu de toutes les circonstances, comment la production des transcriptions précises de ce témoignage aurait maintenant cet effet.

Par ailleurs, il est difficile de voir comment l'admission des transcriptions créerait une «répugnance naturelle» relativement au mariage. Selon l'explication que Wigmore a donnée de cette deuxième justification, toujours valide, de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner, la loi doit éviter la rigueur sur le plan humain que constituerait le fait de permettre au conjoint d'un accusé de témoigner pour venir en aide au poursuivant. Cependant, puisque le ministère public ne peut assigner ni contraindre Graham à témoigner, celle-ci n'est pas forcée et la menace d'une scène répugnante se trouve évitée. Bref, l'application de l'exception de principe à la règle du oui-dire n'irait pas à l'encontre des objets qui sous-tendent la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner.

(c) *Conclusion*

97 In the balance of considerations, and notwithstanding considerations of “unfairness” to the accused in his marital relationship, the risk of prejudice arising from the admission of Graham’s preliminary inquiry testimony did not significantly exceed the potential probative value of such evidence at trial. The trial judge should not have exercised his residual discretion to exclude her testimony, and the transcripts ought to have been put to the trier of fact, subject to appropriate safeguards and instructions. The Crown, of course, would be obliged to present Graham’s preliminary inquiry testimony before the trier of fact in its entirety (i.e., both of her appearances). We reiterate that the credibility of Graham at various points during the inquiry and the ultimate weight to be attached to her evidence remain within the province of the trier of fact.

VI. Conclusions and Disposition

98 We have reached the following conclusions. The Court of Appeal was correct in concluding that Graham was an incompetent witness for the Crown, and that an exception to the common law rule of spousal incompetence should not be made on the facts of this case. However, with respect, the Court of Appeal did err in holding that the transcripts of Graham’s preliminary inquiry could be read in at trial under s. 715 of the *Criminal Code*. But the Court of Appeal was correct in its alternative conclusion that the substance of the transcripts could be read into evidence at common law under a principled exception to the hearsay rule. The reception of the transcripts at trial would not result in unfairness to either of the co-appellants. The Crown was entitled to put the transcripts before the trier of fact for the truth of their contents, subject to appropriate considerations and instructions relating to weight.

c) *Conclusion*

Dans la pondération des considérations, et nonobstant celles qui touchent l’«iniquité» envers l’accusé relativement à sa relation matrimoniale, le risque de préjudice découlant de l’admission du témoignage de Graham recueilli à l’enquête préliminaire n’avait pas beaucoup plus de poids que l’éventuelle valeur probante de ce témoignage au procès. Le juge du procès n’aurait pas dû exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel d’exclure le témoignage de Graham et les transcriptions auraient dû être soumises au juge des faits, sous réserve de mises en garde et de directives appropriées. Il va sans dire que le ministère public serait tenu de présenter au juge des faits dans son intégralité le témoignage de Graham recueilli à l’enquête préliminaire (c.-à-d. au cours de ses deux comparutions). Nous répétons qu’il appartient au juge des faits de juger de la crédibilité de Graham aux divers moments de l’enquête et du poids devant finalement être accordé à son témoignage.

VI. Conclusions et dispositif

Nous sommes arrivés aux conclusions qui suivent. La Cour d’appel a eu raison de conclure que Graham était inhabile à témoigner pour le poursuivant et que les faits en l’espèce ne permettaient pas de faire une exception à la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner. Cependant, en toute déférence, la Cour d’appel a commis une erreur en statuant que les transcriptions du témoignage reçu de Graham à l’enquête préliminaire pouvaient être lues à titre de preuve en vertu de l’art. 715 du *Code criminel*. Mais la Cour d’appel a eu raison de conclure subsidiairement que l’essentiel des transcriptions pouvait être lu en preuve en common law en vertu d’une exception de principe à la règle du oui-dire. La réception de ces transcriptions au procès ne serait inéquitable pour aucun des coappellants. Le ministère public avait le droit de présenter les transcriptions au juge des faits comme preuve de la véracité de leur contenu, sous réserve de considérations et de directives appropriées relativement à leur poids.

We accordingly dismiss the appeals and affirm the order of a new trial.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. — I agree with Justice L'Heureux-Dubé and simply wish to add two observations.

The first has to do with the issues concerning whether the wife is a competent and compellable witness. As L'Heureux-Dubé J. points out, the wife in this case is unwilling to testify, so it is in strictness only necessary to address the question of compellability. The issue of competency would raise issues on a quite different plane. A rule prohibiting a spouse from testifying if he or she so wishes raises serious questions about whether it unreasonably infringes on a person's liberty and equality interests protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Such an infringement would, in my view, require justification at a level akin to that followed in the case of an alleged breach of *Charter* rights by legislative means; see my comments in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at pp. 891-92. This would seem to me to raise a very significant challenge, one that could, however, be avoided by adapting the common law to limit the rule to cases of compulsion.

My second point relates to the wife's evidence given voluntarily at the preliminary hearing. I do not have to get into the issue of whether or not it is hearsay. If it is hearsay, I agree that it is admissible under the principled exception to the hearsay rule. If it is not hearsay, it is highly relevant evidence and I see no reason to reject it: it was not covered by the rule of spousal immunity, and the considerations that favour its admission under the principled exception to the hearsay rule militate against exclusion under the broad discretionary rule described in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, and *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525.

Nous sommes en conséquence d'avis de rejeter les pourvois et de confirmer l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — Je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé, mais je voudrais simplement ajouter deux observations.

La première a trait à la question de savoir si l'épouse est un témoin habile à témoigner et contraignable. Comme l'affirme le juge L'Heureux-Dubé, l'épouse ne veut pas témoigner en l'espèce et nous n'avons, à strictement parler, qu'à examiner la question de la contraignabilité. L'habilité à témoigner soulèverait des questions d'un tout autre ordre. Une règle qui interdit à un conjoint de témoigner lorsqu'il le désire soulève de sérieuses questions quant à savoir si elle porte abusivement atteinte aux droits à la liberté et à l'égalité protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Une telle atteinte devrait, à mon avis, être justifiée d'une façon qui s'apparente à celle qui est suivie dans le cas d'une prétendue violation, dans un texte législatif, de droits garantis par la *Charte*; voir mes commentaires dans *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, aux pp. 891 et 892. À mon avis, cet exercice semblerait soulever un défi fort important, mais qui pourrait être évité par une adaptation de la common law qui aurait pour effet de restreindre l'application de la règle aux cas de contrainte.

Ma seconde observation concerne le témoignage volontaire de l'épouse à l'enquête préliminaire. Je n'ai pas à examiner s'il s'agit ou non de ouï-dire. Si c'est le cas, je suis d'accord que cette preuve est admissible en vertu de l'exception de principe à la règle du ouï-dire. Si ce n'est pas le cas, c'est une preuve fort pertinente et je ne vois aucun motif de la rejeter: elle n'est pas visée par la règle de l'immunité conjugale, et les considérations favorables à l'admission de cette preuve en application de l'exception de principe à la règle du ouï-dire militent contre son exclusion en vertu de la règle générale relative au pouvoir discrétionnaire décrite dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, et *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525.

99

100

101

102

The following are the reasons delivered by

Les motifs suivants ont été rendus par

103 L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case raises the issue of the scope and extent of the spousal incompetence rule in criminal cases. I have read the reasons for judgment of my colleagues, and I agree with the Chief Justice and Justice Iacobucci that these appeals should be dismissed. I come to this result, however, by a different route, and wish to elaborate upon what I see as the key issue in this case: when can statements made by a spouse prior to trial be admitted for their substantive content as exceptions to the hearsay rule?

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Les présents pourvois soulèvent la question de la portée et de l'étendue de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner en matière pénale. J'ai lu les motifs de mes collègues et, comme le Juge en chef et le juge Iacobucci, j'estime qu'il y a lieu de rejeter les pourvois quoique pour des motifs différents. Je désire aussi ajouter des commentaires sur ce que je considère être la principale question en litige en l'espèce: quand les déclarations faites par un conjoint avant procès peuvent-elles être admises comme preuve de leur contenu à titre d'exceptions à la règle du oui-dire?

104 Before addressing this issue, I wish to note that I am in substantial agreement with the Chief Justice and Iacobucci J. regarding the first two issues raised in this case. On the question of whether the appellant's spouse in this case could be compelled to testify, I agree that given the evidence of a valid marriage between the appellant and his spouse, the common law should not be varied to allow the Crown to compel this witness's testimony. I am also of the view that s. 715 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, does not offer an opportunity to admit the preliminary inquiry testimony in this case.

Avant d'examiner cette question, je tiens à préciser que je suis essentiellement d'accord avec le Juge en chef et le juge Iacobucci relativement aux deux premières questions soulevées. En ce qui concerne la question de savoir si l'épouse de l'appelant pouvait ici être contrainte à témoigner, je suis d'accord que la règle de common law ne devrait pas être modifiée pour permettre au ministère public de la contraindre à témoigner vu la preuve de l'existence d'un mariage valide entre l'appelant et son épouse. Je suis également d'avis que l'art. 715 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ne permet pas d'admettre en preuve le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire dans la présente cause.

105 The question that remains, therefore, is whether the statements made at the preliminary inquiry, while the witness was not yet — although she later became — the spouse of the appellant, can nonetheless be admitted as an exception to the rule against hearsay, as developed by this Court in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, and *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740. The Chief Justice and Iacobucci J. have determined that the preliminary inquiry testimony is both reliable and necessary, thus fulfilling the criteria to admit hearsay evidence. I agree with this conclusion. The issue that separates them from the opinion of Justice Major is whether, despite the indicia of reliability and necessity, the evidence should nevertheless be excluded as it offends the

Il reste donc à déterminer si les déclarations faites à l'enquête préliminaire par un témoin qui n'était pas encore à cette époque l'épouse de l'appelant — mais qui l'est devenue par la suite — peuvent, néanmoins, être admises à titre d'exception à la règle du oui-dire que notre Cour a formulée dans les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, et *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740. Le Juge en chef et le juge Iacobucci sont d'avis que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire est à la fois fiable et nécessaire, satisfaisant ainsi aux critères d'admission de la preuve par oui-dire. Je suis d'accord avec cette conclusion. Leur divergence de vues avec le juge Major consiste à savoir si la preuve devrait, malgré les indices de fiabilité et de nécessité, être néan-

spirit and purpose of the spousal incompetence rule.

Both opinions address this residuary question quite differently. The Chief Justice and Iacobucci J. deal with it under the rubric of “fairness”. They ultimately conclude that the trial judge exercised a discretion to exclude the evidence on this ground, but was incorrect in so doing. Fairness, as defined, apparently depends upon whether an accused can establish that his marriage would suffer in a way which is incompatible with the goals behind the spousal incompetence rule. Since in this case it was not demonstrated, the Chief Justice and Iacobucci J. conclude that the evidence should have been properly admitted.

Major J. approaches this question from a notably different perspective. In his view, the question of discretion does not have to be addressed. He would preclude the Crown from ever admitting the hearsay evidence of a husband or wife. According to him, given that the policy behind the common law rule is designed to prevent spouses from having to provide evidence against each other, it should not be confined solely to testimony at trial; rather it should effectively bar one spouse from helping to convict the other, regardless of how that evidence is provided.

While I am unable to agree with his ultimate conclusions, I prefer the approach of Major J. in this case. The admission of evidence through a hearsay exception should not depend in any way upon an abstract measuring of “unfairness” to the accused. In my view, it is not open to an accused to argue that he or she will be unfairly convicted merely because a rule of evidence, in this case the spousal incompetence rule, did not apply in his or her favour. The position of the Chief Justice and Iacobucci J. is also fraught with evidentiary difficulties. In most cases, a determination of “unfairness” would depend on a speculative appraisal of the potential for damage to an accused’s marriage because of the admission of a statement made prior

moins écartée comme allant à l’encontre de l’esprit et de l’objet de la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner.

L’une et l’autre des opinions abordent cette question résiduaire fort différemment. Le Juge en chef et le juge Iacobucci l’examinent du point de vue de l’«équité». Ils concluent finalement que le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire sur cette base pour écarter la preuve mais qu’il a eu tort de le faire. L’équité exige apparemment, selon l’interprétation qu’ils lui donnent, qu’un accusé soit en mesure d’établir que son mariage subirait un préjudice incompatible avec les objectifs sous-jacents à la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner. Comme ce fait n’a pas été établi en l’espèce, le Juge en chef et le juge Iacobucci estiment que la preuve aurait dû à bon droit être admise.

Le juge Major aborde cette question à partir d’une perspective tout à fait différente. À son avis, la question du pouvoir discrétionnaire n’a pas à être considérée. Il estime que le ministère public est forcé de présenter la preuve par ouï-dire d’un conjoint. Selon lui, puisque le principe à la base de la règle de common law vise à empêcher les conjoints de témoigner l’un contre l’autre, cette règle ne devrait pas s’appliquer uniquement au témoignage en cour; en fait, elle devrait empêcher un conjoint d’aider à faire déclarer l’autre coupable, quelle que soit la façon dont la preuve est présentée.

Bien que je ne puisse souscrire aux conclusions du juge Major, je préfère son approche. L’admission d’un témoignage par application d’une exception à la règle du ouï-dire ne devrait en aucune façon être liée à l’application d’un concept abstrait d’«iniquité» envers l’accusé. À mon avis, il n’est pas loisible à un accusé de soutenir qu’il sera inéquitablement déclaré coupable simplement parce qu’une règle de preuve — en l’espèce, la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner — ne s’appliquait pas en sa faveur. La position du Juge en chef et du juge Iacobucci présente aussi nombre de difficultés sur le plan de la preuve. Dans la plupart des cas la détermination de l’«iniquité» ne serait que pure spéculation en ce qui a trait au risque de

106

107

108

to trial by his or her spouse. This potential harm would be almost impossible to predict: David Medine, "The Adverse Testimony Privilege: Time to Dispose of a 'Sentimental Relic'" (1988), 67 *Oreg. L. Rev.* 519, at p. 555. An analysis of the theoretical disruption of an accused's marriage on a case-by-case basis is simply an inadequate manner to proceed with this problem.

préjudice que l'admission d'une déclaration, faite par un conjoint antérieurement au procès, aurait sur le mariage d'un accusé. Il serait pratiquement impossible de prédire ce risque de préjudice: David Medine, «The Adverse Testimony Privilege: Time to Dispose of a «Sentimental Relic»» (1988), 67 *Oreg. L. Rev.* 519, à la p. 555. Une analyse cas par cas de la perturbation théorique du mariage d'un accusé ne constitue tout simplement pas une façon appropriée de régler ce problème.

109 I agree with Major J. that the threshold question which must be asked is whether such evidence is precluded from being admitted because it is barred by the spousal incompetence rule. If the answer to this question is in the negative, there is no need to consider "fairness" on a case-by-case basis. I note that this issue has been dealt with at length in the United States and by lower courts and has always proceeded in the manner I have set out; see for example: *United States v. Archer*, 733 F.2d 354 (5th Cir. 1984); *R. v. Kobussen* (1995), 130 Sask. R. 147 (Q.B.).

Je suis d'accord avec le juge Major que la question préliminaire est de savoir si la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner empêche l'admission d'une telle preuve. Si la réponse est négative, la question de l'«équité» cas par cas ne se pose pas. Je tiens à préciser que cette question a été examinée à fond aux États-Unis ainsi que par des tribunaux d'instance et que l'analyse suivie a toujours été celle que j'ai exposée; voir par exemple: *United States c. Archer*, 733 F.2d 354 (5th Cir. 1984); *R. c. Kobussen* (1995), 130 Sask. R. 147 (B.R.).

110 In addressing this issue, it is essential to keep the hearsay question analytically distinct from the issue of spousal competence. For example, here, the Crown legally obtained evidence from a witness, in the form of testimony at a preliminary inquiry. Because of the spousal incompetence rule, the Crown was precluded from calling this witness at trial. Nevertheless, the statement still existed as evidence in a tangible form, and an attempt was then made to introduce it. While, generally, statements of this sort cannot be led at trial because of the hearsay rule, it is not so where the evidence fits into a recognized exception. This is a proper manner of adducing evidence, and if the preliminary inquiry testimony is not prohibited by the hearsay rule, it should be admitted unless some other rule of evidence prevents this route.

Dans l'examen de cette question, il est essentiel de tenir la question du ouï-dire analytiquement séparée de celle de l'habilité à témoigner des conjoints. Par exemple, en l'espèce, le ministère public a légalement obtenu une preuve d'un témoin par le biais du témoignage rendu à l'enquête préliminaire. Par application de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner, le ministère public ne pouvait assigner cette personne à témoigner au procès. Néanmoins, la déclaration existait toujours sous une forme tangible, et l'on a tenté de la mettre en preuve. En général, de telles déclarations ne peuvent être mises en preuve au procès en raison de la règle du ouï-dire, mais elles peuvent l'être lorsque la preuve est visée par une exception reconnue. C'est une façon appropriée de déposer une preuve et, si le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire n'est pas interdit en vertu de la règle du ouï-dire, il devrait être admis, sauf dans le cas où une autre règle de preuve l'en empêche.

111 Given this approach, I have some difficulty with Major J.'s repeated concern that this evidence is going through "the back door". With respect, admitting evidence through a hearsay exception

À la lumière de cette approche, j'ai de la difficulté à comprendre pourquoi le juge Major indique à plusieurs reprises qu'il est préoccupé par le fait que l'admission de cette preuve se fait «indirecte-



always proceeds through this so-called “back door”, and yet this Court has consistently found this to be a permissible avenue. Obviously, if it were possible to adduce the evidence directly, the Crown would not need to use a hearsay exception. There is nothing inherently wrong in making use of available evidence. Major J. states that allowing hearsay statements into evidence is equivalent to “forcing spouses to provide evidence against each other” (para. 153). I cannot agree with this conclusion. In this case, for example, the witness was clearly not “forced” to give evidence. On the contrary, she approached the police herself and volunteered to testify. I fail to see how admitting the evidence as hearsay suddenly imbues the evidence with a coercive quality. It is quite a different matter where there is actual coercion. In those cases, the hearsay evidence will often be excluded as it will lack the indicia of reliability necessary for admission. I reiterate that evidence which is *prima facie* admissible should only be excluded where some other evidentiary rule trumps it and precludes admission.

Major J. agrees that the evidence here is reliable, and ostensibly “necessary”, but he suggests that it should not be admitted via the principled exception to the hearsay rule, as the testimony was not available from the witness directly. He cites from the judgment of the Chief Justice in *B. (K.G.)*, *supra*, at p. 784, in support of his proposition:

... I would adopt the requirement embodied in the provision proposed by the Law Reform Commission of Canada, and in the English *Civil Evidence Act 1968*, that prior inconsistent statements will only be admissible if they would have been admissible as the witness's sole testimony. That is, if the witness could not have made the statement at trial during his or her examination-in-chief or cross-examination, for whatever reason, it cannot be made admissible through the back door, as it were, under the reformed prior inconsistent statement rule.

ment». En toute déférence, l'admission d'une preuve par application d'une exception à la règle du oui-dire se fait toujours «indirectement», et notre Cour a constamment décidé que c'était une façon permissible de le faire. De toute évidence, s'il était possible de présenter directement la preuve, le ministère public n'aurait pas à se servir d'une exception à la règle du oui-dire. Il n'y a rien de fondamentalement mauvais à utiliser une preuve existante. Le juge Major affirme qu'accepter une preuve de oui-dire équivaut à «force[r] les conjoints à témoigner l'un contre l'autre» (par. 153). Je ne saurais souscrire à cette conclusion. En l'espèce, par exemple, le témoin n'a manifestement pas été «forcé» à témoigner. Au contraire, elle est allée à la police et a elle-même offert de témoigner. Je ne vois pas comment l'admission de ce témoignage à titre de oui-dire lui confère soudainement un caractère coercitif. La situation est tout à fait différente dans le cas d'une véritable contrainte. Dans ces cas, la preuve par oui-dire sera souvent écartée puisqu'elle ne répondra pas au critère de fiabilité nécessaire à son admission. Je répète qu'une preuve admissible *prima facie* ne devrait être écartée que si une autre règle de preuve de préséance et en forclose l'admission.

Le juge Major reconnaît que la preuve est ici digne de foi et manifestement «nécessaire», mais qu'elle ne devrait pas être admise par application de l'exception de principe à la règle du oui-dire, puisque le témoignage ne pouvait être obtenu directement du témoin. À l'appui de sa proposition, il cite un extrait des motifs du Juge en chef dans *B. (K.G.)*, précité, à la p. 784:

... je ferais mienne l'exigence incorporée dans le projet d'article de la Commission de réforme du droit du Canada et dans la *Civil Evidence Act 1968* de l'Angleterre, selon laquelle ne seraient admissibles que les déclarations antérieures incompatibles qui auraient été admissibles si elles constituaient la seule déposition du témoin. C'est-à-dire que, si le témoin n'aurait pas pu faire la déclaration au procès au cours de son interrogatoire principal ou de son contre-interrogatoire, pour quelque raison que ce soit, elle ne saurait être admissible indirectement, en application de la règle réformée relative aux déclarations antérieures incompatibles.

Major J. concludes from this passage that the out-of-court statements in the case at bar should not have been introduced:

Although Lamer C.J.'s statement of the rule is in the context of prior inconsistent statements, and discusses the issue as a preliminary matter, it can be applied to the case at bar. This was also the view of Weiler J.A. in the Ontario Court of Appeal at p. 269 C.R.:

If Graham were called to testify at Hawkins' trial (without any modification of the common law) she could not make any statement because she would be considered incompetent. In this sense, the evidence would not satisfy the precondition for the admissibility of hearsay evidence required under *K.G.B.* One cannot admit statements through the "back door" when a witness could not make those statements at trial.

The Crown is attempting to introduce evidence through a principled exception to hearsay, evidence which the Crown would not be permitted to obtain through direct testimony. This is using the so-called back door, to overcome the prohibition acknowledged in s. 4 of the *Canada Evidence Act*.

113

I strongly disagree with this position. In my view, following this logic to its ultimate conclusion would completely obliterate every exception to the hearsay rule. In any case where the Crown is attempting to tender hearsay testimony it is unable to obtain the testimony through direct evidence. In the so-called *Khan* situation, for example, the child witness is first ruled incompetent, and thus, is unable to directly provide testimony. According to the reasoning of Major J., the Crown should not be able to then attempt to admit the hearsay statements of the child as it could not have access to them directly. This would be a rather peculiar proposition and contrary to the very object of the principled exception to the hearsay rule. As the Chief Justice and Iacobucci J. correctly point out, the hearsay analysis focuses on whether the statement could have been made by the witness, if he or she were competent and available to testify at trial. *B. (K.G.)* simply does not stand for the proposition for which Major J. has cited it.

Se fondant sur cet extrait, le juge Major conclut que les déclarations extrajudiciaires n'auraient pas dû être déposées en preuve:

Bien que la règle ait été énoncée par le juge en chef Lamer en rapport avec les déclarations antérieures incompatibles et traitée comme une question préliminaire, elle peut être appliquée à l'espèce. Le juge Weiler de la Cour d'appel de l'Ontario était aussi de cet avis, à la p. 269 C.R. de ses motifs:

[TRADUCTION] Si Graham était assignée à témoigner contre Hawkins à son procès (sans modification de la common law), elle ne pourrait faire aucune déclaration parce qu'elle serait considérée inhabile. En ce sens, le témoignage ne satisferait pas à la condition préalable à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire établie par l'arrêt *K.G.B.* On ne peut accepter indirectement en preuve des déclarations que le témoin ne pourrait pas faire au procès.

Le ministère public tente de présenter, au moyen d'une exception de principe à la règle du ouï-dire, une preuve qu'il ne pourrait présenter par un témoignage direct. C'est là agir indirectement pour déroger à l'interdiction reconnue par l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Je suis en profond désaccord avec cette position. À mon avis, si l'on poussait cette logique à l'extrême, on éliminerait complètement toute exception à la règle du ouï-dire. Si le ministère public tente de déposer un témoignage sous forme de ouï-dire, c'est qu'il n'est pas en mesure d'obtenir directement ce témoignage. Par exemple, dans une situation du type *Khan*, l'enfant témoin est tout d'abord déclaré inhabile à témoigner, et ne peut, en conséquence, témoigner directement. Suivant le raisonnement du juge Major, le ministère public ne devrait pas alors être en mesure de tenter de faire admettre la preuve par ouï-dire des déclarations de l'enfant puisqu'il ne peut y avoir directement accès. Il s'agit là d'une proposition fort particulière et contraire à l'objet même de l'exception de principe à la règle du ouï-dire. Comme l'affirme à bon droit le Juge en chef et le juge Iacobucci, l'analyse de la question du ouï-dire vise surtout à déterminer si la déclaration aurait pu être faite par le témoin, eût-il été disponible et habile à témoigner au procès. L'arrêt *B. (K.G.)* n'appuie tout simplement pas la proposition pour laquelle le juge Major la cite.

In my view, this evidence fits rather easily into the principled exception to the hearsay rule. It remains, therefore, to deal with the substantive question of whether the spousal incompetence rule prevents the admission of the out-of-court statements of a spouse. I am of the view, for the reasons which follow, that this question should be answered in the negative.

#### *Rationales Behind the Spousal Incompetence Rule*

The basis for not permitting a spouse to testify for the prosecution is the common law rule presuming spousal incompetence. This rule has been extensively criticized, most recently by this Court in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; see also John Sopinka, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at p. 616. Nevertheless, it is at least tacitly recognized by s. 4 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. I would not, however, go as far as Major J. in stating that “[s]ection 4 ensures that spouses, otherwise credible witnesses, who possess relevant evidence never testify in court” (para. 152). Rather, I agree with the Chief Justice and Iacobucci J. that this rule is grounded in the common law, and thus the scope of the rule is subject to the interpretation of the courts; see also Professor Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4th ed. 1993), at p. 212.

The question at the very heart of this case, therefore, is what exactly is the extent of this rule? Does the incompetency of a spouse merely prevent testimony at trial, or is it intended to exclude all evidence which emanates from a spouse? The first part of an answer to this question is easily discernible from the case law. Like Major J., I am of the view that the incompetence of a witness does not necessarily preclude the admission of his or her evidence by another route: *Khan, supra*; *R. v. Rockey*, [1996] 3 S.C.R. 829. Strictly speaking, whether evidence from an incompetent witness can be admitted through the testimony of a third party

À mon avis, cette preuve s’intègre plutôt facilement dans l’exception de principe à la règle du ouï-dire. Il reste donc à examiner la question de fond soit si la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner empêche l’admission des déclarations extrajudiciaires d’un conjoint. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis qu’il faut répondre par la négative à cette question.

#### *La philosophie sous-jacente à la règle de l’inhabilité du conjoint à témoigner*

La raison pour laquelle un conjoint ne peut témoigner pour le poursuivant découle de la règle de common law relative à l’inhabilité du conjoint à témoigner. Cette règle a été abondamment critiquée, notamment dans l’arrêt récent *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; voir aussi John Sopinka, Sidney N. Lederman et Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 616. Néanmoins, elle est au moins tacitement reconnue par l’art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Je n’irais toutefois pas aussi loin que le juge Major lorsqu’il affirme que: «[l]’article 4 fait en sorte que les conjoints, qui seraient par ailleurs des témoins crédibles et qui pourraient rendre un témoignage pertinent, ne déposent jamais» (par. 152). Je conviens plutôt avec le Juge en chef et le juge Iacobucci que cette règle est ancrée dans la common law et, par conséquent, que sa portée est soumise à l’interprétation des tribunaux; voir aussi l’ouvrage du professeur Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4<sup>e</sup> éd. 1993), à la p. 212.

La question fondamentale en l’espèce est, par conséquent, de déterminer quelle est exactement la portée de cette règle. L’inhabilité à témoigner d’un conjoint empêche-t-elle simplement le témoignage au procès ou vise-t-elle à écarter tout élément de preuve fourni par un conjoint? La première partie de la réponse à cette question ressort clairement de la jurisprudence. À l’instar du juge Major, je suis d’avis que l’inhabilité d’un témoin n’empêche pas nécessairement l’admission de son témoignage par un autre moyen: *Khan*, précité; *R. c. Rockey*, [1996] 3 R.C.S. 829. À vrai dire, c’est la raison sous-jacente de l’inhabilité à témoigner qui déter-

114

115

116

depends on the underlying reason for the incompetency.

mine si la preuve d'un témoin inhabile peut être admise par le recours au témoignage d'une tierce partie.

117 In this regard, I would note that the question of whether statements made prior to trial by a spouse can be admitted has apparently never been addressed in this country. What the appellant appears to be asking is for the court to extend the scope of the spousal incompetence rule to prevent not only the in-court testimony of a spouse, but the out-of-court statements as well. If this is to be the result, such an extension must be warranted; furthermore, this conclusion must be justified in light of the modern day position on spousal incompetence. As Iacobucci J. stated in *Salituro*, *supra*, at p. 673:

À cet égard, je note que l'on n'a apparemment jamais examiné au Canada la possibilité d'admettre des déclarations faites par un conjoint antérieurement au procès. L'appelant semble demander à la Cour d'élargir la portée de la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner pour empêcher non seulement le témoignage d'un conjoint devant le tribunal mais aussi l'utilisation de ses déclarations extrajudiciaires. Si tel doit être le cas, cet élargissement doit être justifié; en outre, cette conclusion doit s'analyser au regard de la position moderne relativement à l'inhabilité du conjoint. Comme l'a affirmé le juge Iacobucci dans *Salituro*, précité, à la p. 673:

The common law rule making a spouse an incompetent witness involves a conflict between the freedom of the individual to choose whether or not to testify and the interests of society in preserving the marriage bond.

Or, la règle de common law rendant le conjoint inhabile à témoigner engendre un conflit entre la liberté qu'a une personne de choisir de témoigner ou non et les intérêts de la société à ce que le lien du mariage soit préservé.

While Iacobucci J. stated that it was not necessary for the purposes of deciding *Salituro* to determine the result of the conflict, I believe that the ultimate decision on whether to admit such out-of-court statements mandates a certain degree of inquiry into this area.

Même si le juge Iacobucci a affirmé qu'il n'avait pas, pour les fins de *Salituro*, à trancher le conflit, je suis d'avis qu'avant de décider s'il y a lieu d'admettre de telles déclarations extrajudiciaires, un certain tour d'horizon s'impose.

118 I would add that the spousal incompetence rule must also be considered in light of the trial's goal as a truth-seeking inquiry. As I have stated on more than one occasion, the pre-eminent role of the trial is to ascertain the truth: see for example, *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206. Evidentiary principles which constrain the truth-seeking process should be carefully tailored so that they do not exceed what is strictly necessary to accomplish the goal for which they are designed. In this regard, I agree with the comments of Burger C.J. of the United States in *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980), at pp. 50-51, who, in deciding upon the scope of a spouse's ability to give evidence, said:

Il faut ajouter que la règle de l'inhabilité du conjoint à témoigner doit aussi être examinée en fonction de l'objectif du procès, soit la recherche de la vérité. Comme je l'ai dit à maintes reprises, le rôle primordial d'un procès est avant tout la recherche de la vérité: voir par exemple, *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206. Les principes qui régissent la preuve lorsqu'ils permettent de restreindre le processus de recherche de la vérité doivent être soigneusement conçus de façon à ne pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de l'objectif qu'ils visent. Sur ce point, je partage l'opinion du juge en chef Burger des États-Unis, qui, dans *Trammel c. United States*, 445 U.S. 40 (1980), aux pp. 50 et 51, une décision sur la portée de l'habilité à témoigner d'un conjoint, a affirmé:

Testimonial exclusionary rules and privileges contravene the fundamental principle that “the public . . . has a right to every man’s evidence.” *United States v. Bryan*, 339 U.S. 323, 331 (1950). As such, they must be strictly construed and accepted “only to the very limited extent that permitting a refusal to testify or excluding relevant evidence has a public good transcending the normally predominant principle of utilizing all rational means for ascertaining truth”. *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 234 (1960) (Frankfurter, J., dissenting). Accord, *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 709-710 (1974).

With that in mind, I will proceed to examine the rule itself and its underlying rationales. In *Salituro*, *supra*, at p. 672, Iacobucci J. discussed the various justifications which exist for the spousal competence rule and stated:

The general testimonial incompetence of a wife for or against her husband was accepted in *Lord Audley’s Case* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140, at p. 1141.

Since that time, at least four distinct justifications have been advanced for the rule but only two of these survive today. The most important justification is that the rule protects marital harmony. The danger to marital harmony of making a spouse a competent witness was first mentioned by Lord Coke, and was most recently emphasized in the decision of the Court of Appeal in the case at bar, in *R. v. Bailey*, *supra*, and in *R. v. Sillars*, *supra*. A second reason sometimes mentioned is what Wigmore called the “*natural repugnance* to every fair-minded person to compelling a wife or husband to be the means of the other’s condemnation” (*Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, p. 217, §2228 (emphasis in original)).

The two justifications which have not survived are that a spouse is an incompetent witness because husband and wife are in law a single person (although this justification survived into the eighteenth century), and that husband and wife are disqualified from being witnesses for or against each other because their interests are identical.

As Iacobucci J. points out, the early justifications for the rule mandated a strong and absolute

[TRADUCTION] Les règles et les privilèges d’exclusion de témoignage vont à l’encontre du principe fondamental selon lequel «le public [. . .] a le droit d’entendre le témoignage d’une personne». *United States c. Bryan*, 339 U.S. 323, à la p. 331 (1950). C’est pourquoi ils doivent être interprétés d’une façon stricte et acceptés «dans les seuls cas où l’intérêt public d’autoriser un refus de témoigner ou d’écarter des éléments de preuve pertinents transcende le principe normalement prédominant de l’utilisation de tous les moyens rationnels pour faire valoir la vérité.» *Elkins c. United States*, 364 U.S. 206, à la p. 234 (1960) (le juge Frankfurter, dissident). Accord *United States c. Nixon*, 418 U.S. 683, aux pp. 709 et 710 (1974).

Cela dit, j’examinerai maintenant la règle elle-même et sa philosophie sous-jacente. Dans *Salituro*, précité, à la p. 672, le juge Iacobucci a examiné les diverses justifications de la règle de l’incapacité du conjoint à témoigner et a affirmé:

L’incapacité générale de la femme à témoigner pour ou contre son mari a été reconnue dans l’affaire *Lord Audley* (1631), Hutt. 115, 123 E.R. 1140, à la p. 1141.

Depuis lors, au moins quatre justifications différentes ont été avancées à l’appui de la règle dont deux seulement ont survécu jusqu’à nos jours. La plus importante est que la règle protège l’harmonie conjugale. Le danger que présente à cet égard le témoignage du conjoint a été évoqué pour la première fois par lord Coke, et mis en lumière plus récemment dans l’arrêt que la Cour d’appel a prononcé en l’espèce, ainsi que dans les arrêts *R. v. Bailey* et *R. v. Sillars*, précités. La seconde raison parfois mentionnée est ce que Wigmore a appelé [TRADUCTION] «la *répugnance naturelle* qu’éprouve toute personne honnête à forcer la femme ou le mari à se faire l’instrument de la condamnation de l’autre» (*Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, p. 217, §2228 (en italique dans l’original)).

Deux justifications n’ont pas survécu, savoir que le conjoint n’est pas habile à témoigner parce que le mari et la femme ne forment en droit qu’une seule personne (conception qui prévalait encore au XVIII<sup>e</sup> siècle), et parce que leurs intérêts sont identiques.

Comme le fait ressortir le juge Iacobucci, les premières justifications de la règle imposaient une

rule of spousal incompetency. Essentially, spouses could not be trusted to give evidence at trial, and thus it was necessary to ensure that no evidence was adduced by them, as it was thought to be manifestly unreliable. Similarly, if the spouse and the accused were to be regarded as "one" person, it would have been unfair to compel testimony from this "unit" in order to convict one of its component members. Both of these thoroughly discredited rationales today are, of course, based on archaic notions of a woman's role in society and within the marriage. If they continued to exist today, however, and were justifiable, I would have no difficulty concluding that out-of-court statements could not be admitted at trial. The logic would clearly extend to the situation before us. Of course, given that the rationales themselves are not soundly based, we no longer recognize or rely upon them.

règle solide et absolue de l'inhabilité du conjoint à témoigner. Essentiellement, il n'était pas prudent de faire témoigner un conjoint au procès et il fallait veiller à ce qu'il ne présente aucune preuve, car on la jugeait manifestement non digne de foi. De même, si le conjoint et l'accusé devaient être considérés comme «une seule» personne, il aurait été injuste de contraindre cette «unité» à témoigner pour faire déclarer coupable l'une des personnes en faisant partie. Ces deux justifications totalement discréditées aujourd'hui étaient, bien entendu, fondées sur des notions archaïques du rôle de la femme dans la société et dans le mariage. Cependant, si elles existaient encore de nos jours et étaient justifiables, je n'aurais aucune difficulté à conclure que des déclarations extrajudiciaires ne peuvent être admises au procès. Cette logique s'appliquerait de toute évidence à la situation dont nous sommes saisis. Puisque ces justifications n'ont pas un fondement solide, nous ne les reconnaissons évidemment plus ni ne les utilisons.

121 What remains, therefore, are two surviving policy grounds which support the rule: (1) preventing the threat to marital harmony, and (2) avoiding the natural repugnance of compelling a spouse to testify, and having to witness this "spectacle" in court. As the Chief Justice and Iacobucci J. correctly state, this second rationale simply does not concern us where the evidence of a spouse is adduced through a hearsay exception. Thus, we must consider whether a complete exclusionary rule to such statements made prior to trial is warranted on the basis of marital harmony.

Ce qu'il en reste ce sont donc les deux motifs de principe qui lui survivent et qui appuient la règle: (1) empêcher que soit menacée l'harmonie conjugale, et (2) éviter la répugnance naturelle à forcer un conjoint à témoigner, et devoir assister à ce «spectacle» devant le tribunal. Comme le Juge en chef et le juge Iacobucci l'affirment avec raison, cette seconde justification ne nous préoccupe tout simplement pas si la preuve d'un conjoint est présentée par application d'une exception à la règle du oui-dire. Par conséquent, il reste à déterminer si l'harmonie conjugale justifie une règle d'exclusion complète de telles déclarations antérieures au procès.

122 This very question has been discussed at length in the United States. My colleague Major J. states that marital harmony is affected equally by testimony and where statements made out of court by a spouse are tendered as evidence. He goes on to subscribe to the view of the U.S. Court of Appeal, 5th Circuit, in *Ivey v. United States*, 344 F.2d 770 (1965), at p. 772, which said:

Cette question a été étudiée à fond aux États-Unis. Mon collègue le juge Major affirme que l'harmonie conjugale se trouve compromise autant par le témoignage d'un conjoint que par le dépôt en preuve de déclarations extrajudiciaires faites par un conjoint. Il souscrit ensuite à l'opinion exprimée par la Court of Appeals for the Fifth Circuit des É.-U. dans l'arrêt *Ivey c. United States*, 344 F.2d 770 (1965), à la p. 772:

[The hearsay witness's] testimony relating what [the accused's wife] had told him about [the accused's] par-

[TRADUCTION] Le témoignage [que rend une personne sous forme de oui-dire] rapportant ce que [l'épouse de

ticipation in the importation not only violates the rule against admitting hearsay testimony but also the rule against admitting testimony of one spouse against the other.

She might as well be permitted to testify against her husband in open court as to permit the introduction of a statement she had made against him out of court.

It is worth noting, in my view, that the case cited for this proposition is no longer good law in the United States. In fact, virtually every court which has considered this case has explicitly decided not to follow it. As one court observed, *Ivey* has been “distinguished . . . into oblivion”: *United States v. Archer, supra*, at p. 358. Essentially, the American courts have concluded that introducing a statement made prior to trial does not have the same effect as having a spouse testify at trial. I agree.

Of course, the law relating to spousal incompetence in the United States has been markedly different from the law in Canada since the decision of the Supreme Court in *Trammel, supra*, made the spousal testimonial privilege one which gave the potential witness the discretion to decide whether to invoke it, rather than an absolute bar. (See Milton C. Regan, Jr., “Spousal Privilege and the Meanings of Marriage” (1995), 81 *Va. L. Rev.* 2045, for an outline of the law in different American jurisdictions.) Nevertheless, even prior to *Trammel*, when the law was virtually identical to our own, and spouses were generally unable to testify for the prosecution, U.S. courts concluded that hearsay statements from a spouse should be admitted.

In *United States v. Tsinnijinnie*, 601 F.2d 1035 (9th Cir. 1979), the prosecution attempted to tender a hearsay statement, otherwise admissible, made by the accused’s wife. Despite objections from the accused, the court decided to admit the

l’accusé] lui a dit au sujet de [la] participation [de l’accusé] dans l’importation viole non seulement la règle contre le ouï-dire, mais aussi la règle contre le témoignage d’une personne contre son conjoint.

On pourrait tout aussi bien permettre à l’épouse de témoigner en cour contre son mari, tant qu’à admettre en preuve une déclaration extrajudiciaire qu’elle a faite contre lui.

À noter, toutefois, que l’arrêt cité à l’appui de cette proposition ne fait plus jurisprudence aux États-Unis. En fait, pratiquement chaque tribunal qui l’a examiné a explicitement décidé de ne pas le suivre. Comme un tribunal l’a fait remarquer, on a distingué l’arrêt *Ivey* [TRADUCTION] «jusqu’à ce qu’il sombre dans l’oubli»: *United States c. Archer*, précité, à la p. 358. Les tribunaux américains ont essentiellement conclu que l’introduction d’une déclaration faite antérieurement au procès n’a pas le même effet que le témoignage d’un conjoint lors du procès. Je suis également de cet avis.

Bien entendu, les règles de droit relatives à l’incapacité d’un conjoint à témoigner appliquées aux États-Unis sont sensiblement différentes de celles qui existent au Canada, et ce, depuis que la Cour suprême des États-Unis a statué, dans *Trammel*, précité, que le privilège du conjoint témoin, plutôt que de constituer une interdiction absolue, conférerait au témoin éventuel le pouvoir discrétionnaire de l’invoquer. (Voir Milton C. Regan, Jr., «Spousal Privilege and the Meanings of Marriage» (1995), 81 *Va. L. Rev.* 2045, pour un exposé des règles de droit applicables dans divers États américains.) Néanmoins, même avant l’arrêt *Trammel*, à l’époque où leurs règles de droit étaient pratiquement identiques aux nôtres et où les conjoints étaient généralement inhabiles à témoigner pour le poursuivant, les tribunaux américains ont conclu qu’il y avait lieu d’admettre la preuve par ouï-dire des déclarations d’un conjoint.

Dans *United States c. Tsinnijinnie*, 601 F.2d 1035 (9th Cir. 1979), le poursuivant a tenté de présenter la preuve par ouï-dire d’une déclaration, par ailleurs admissible, de l’épouse de l’accusé. Malgré les objections de l’accusé, le tribunal a décidé

123

124

125

hearsay statement as it determined that the rationales behind the spousal testimony privilege simply did not apply where the evidence was admitted via a third party (at pp. 1038-39):

... we should consider whether the purposes of the privilege would be furthered by extending it to testimony by a third person. *Hawkins v. United States*, [358 U.S. 74 (1958)], outlined two justifications for the spousal privilege: fostering marital harmony and avoiding the spectacle of pitting one spouse against the other. It is unlikely that either goal is served by excluding a spouse's out-of-court statements.

In *United States v. Mackiewicz*, 401 F.2d 219 (2d Cir. 1968), ... hearsay statements of a husband implicating his wife were admitted. The spouses were co-defendants and the admission could have been justified as co-conspirator admissions, but the Second Circuit considered whether the marital privilege was even applicable to third party testimony. It concluded it was not, because the impact on marital harmony would be slight:

"This is not a case where the prosecution called the husband to the stand. If he had testified under those circumstances, the common law rule would have been violated. Here, however, we are one step removed from actual testimony. Therefore, there is no chance that we might be repulsed by a spouse actually testifying against his mate, see *McCormick*, *Evidence* §66. Nor is there a chance that marital frictions will be aggravated, ... for there is the convenient buffer of the third person actually making the remarks."

We agree that the marital privilege should not be extended to bar a witness from relating an excited utterance by a spouse. The possible benefits that would derive from such an extension cannot justify excluding the evidence which is relevant and often highly probative.

This reasoning has been repeatedly followed: *United States v. Archer*, *supra*; *United States v. Brown*, 605 F.2d 389 (8th Cir. 1979); *United States v. Doughty*, 460 F.2d 1360 (7th Cir. 1972); *United States v. Cleveland*, 477 F.2d 310 (7th Cir. 1973); *United States v. Chapman*, 866 F.2d 1326 (11th

d'admettre cette déclaration, ayant convenu que les justifications du privilège du témoin conjoint ne s'appliquaient tout simplement pas lorsque la preuve était admise par l'intermédiaire d'une tierce partie (aux pp. 1038 et 1039):

[TRADUCTION] ... nous devrions examiner si l'on servirait les objectifs du privilège en le rendant applicable au témoignage d'une tierce partie. L'arrêt *Hawkins c. United States*, [358 U.S. 74 (1958)], a exposé deux justifications à l'appui du privilège du conjoint: préserver l'harmonie conjugale et éviter le spectacle d'opposer un conjoint à l'autre. Il est peu probable que l'exclusion de déclarations extrajudiciaires d'un conjoint serve l'un ou l'autre de ces objectifs.

Dans *United States c. Mackiewicz*, 401 F.2d 219 (2d Cir. 1968), [...] le tribunal avait admis des déclarations relatées dans lesquelles un époux impliquait son épouse. Les conjoints étaient codéfendeurs et l'admission aurait pu être justifiée à titre d'aveux de complices; cependant, la Second Circuit a examiné si le privilège relatif au conjoint était applicable au témoignage d'une tierce partie. Elle a conclu qu'il ne l'était pas parce que l'incidence sur l'harmonie conjugale serait de peu d'importance.

Il ne s'agit pas d'un cas où le poursuivant a assigné l'époux à témoigner. S'il avait témoigné dans ces circonstances, il y aurait eu atteinte à la règle de common law. Cependant, en l'espèce, nous sommes à une étape seulement du véritable témoignage. Il n'y a donc aucun risque que le témoignage d'un conjoint contre l'autre nous répugne; voir *McCormick*, *Evidence* §66. Et il n'y a aucun risque d'aggravation des frictions matrimoniales [...] vu l'utilité du rôle tampon que joue la tierce partie qui fait les remarques.

Nous reconnaissons que l'application du privilège relatif au conjoint ne devrait pas être élargie de façon à empêcher un témoin de rapporter des paroles agitées prononcées par un conjoint. Les avantages susceptibles de découler d'une telle application élargie ne peuvent justifier l'exclusion d'éléments de preuve qui sont pertinents et souvent fort probants.

Ce raisonnement a été suivi à maintes reprises: *United States c. Archer*, précité; *United States c. Brown*, 605 F.2d 389 (8th Cir. 1979); *United States c. Doughty*, 460 F.2d 1360 (7th Cir. 1972); *United States c. Cleveland*, 477 F.2d 310 (7th Cir. 1973); *United States c. Chapman*, 866 F.2d 1326 (11th



Cir. 1989); *United States v. Donlon*, 909 F.2d 650 (1st Cir. 1990); *Ballard v. State*, 311 S.E.2d 453 (Ga. 1984).

Similarly, Professors Louisell and Mueller in *Federal Evidence* (1985), vol. 2, at pp. 874-75, have described the state of the U.S. jurisprudence in the following manner:

Pretty clearly the privilege does not bar proof of the out-of-court statements of a spouse: Assuming that they are relevant, that they are not within the other spousal privilege (the one for spousal confidences, which is considered in the next section), that hearsay objections are overcome, and that they are provable by the testimony of some third person, they are not excludable by virtue of the spousal testimony privilege. No married person holds a privilege to stop his or her spouse from making statements abroad in the world which are adverse to his interests, and when such statements by one spouse are offered against another in court, any resultant strain upon the marriage and affront to human dignity comes at least as much from the out-of-court conduct of the spouse as from the trial itself.

I agree with these conclusions. The main rationale for the spousal incompetence rule loses much of its conviction where the evidence is tendered via a third party and not by the spouse on the witness stand. This is so for several reasons. First, the spouse who makes the statement is not put through the stress of having to decide whether or not to testify, as this choice is already made by the time the trial occurs and the Crown seeks to admit the statement. Thus, he or she is not put in the position of having to actually stand and convict his or her spouse at trial. There is none of the internal and external pressure, in and of itself damaging to marital harmony, which exists where a spouse must decide whether to give damning testimony or face a charge of contempt. Second, the husband and wife will not be put through the strain of actually sitting through the difficult testimony at trial, and having to face each other directly as "accuser" and "accused". Finally, as Louisell and Mueller point out, most of the damaging effect to the marriage will already have occurred by the trial. In the

Cir. 1989); *United States c. Donlon*, 909 F.2d 650 (1st Cir. 1990); *Ballard c. State*, 311 S.E.2d 453 (Ga. 1984).

De même, les professeurs Louisell et Mueller ont décrit ainsi l'état de la jurisprudence américaine dans *Federal Evidence* (1985), vol. 2, aux pp. 874 et 875:

[TRADUCTION] De toute évidence, le privilège n'interdit pas de présenter en preuve les déclarations extrajudiciaires d'un conjoint: Pourvu que les déclarations soient pertinentes, qu'elles ne relèvent pas de l'autre privilège relatif au conjoint (le privilège des communications entre conjoints — examiné dans la section qui suit), que les objections au oui-dire aient été récusées, et que la preuve de ces déclarations ait été faite par le témoignage d'une tierce partie, elles ne peuvent être écartées en application du privilège du conjoint témoin. Aucune personne mariée ne jouit du privilège d'empêcher son conjoint de faire des déclarations publiques qui sont contraires à ses intérêts, et lorsque les déclarations d'un conjoint sont déposées en preuve contre l'autre en cour, les pressions qui en résultent sur le mariage et les atteintes à la dignité humaine se rattachent, pour le moins que l'on puisse dire, autant au comportement extrajudiciaire du conjoint qu'au procès même.

Je suis d'accord avec ces conclusions. La principale justification de la règle de l'incapacité du conjoint à témoigner perd une grande partie de sa force si la preuve est déposée par l'intermédiaire d'une tierce partie, et non par le conjoint dans la boîte aux témoins, et ceci pour plusieurs raisons. Premièrement, le conjoint qui fait la déclaration n'a pas à subir le stress d'avoir à décider s'il doit témoigner ou non, puisque ce choix a déjà été fait au moment du procès et que le ministère public cherche à faire admettre la déclaration. En conséquence, le conjoint n'est pas mis dans une situation où il doit venir incriminer son conjoint au procès. Il n'existe aucune des pressions internes ou externes, en soi préjudiciables à l'harmonie conjugale, qu'on rencontre dans le cas où un conjoint doit décider soit de présenter un témoignage accablant soit de se laisser accuser d'outrage au tribunal. Deuxièmement, les conjoints n'auront pas à subir l'épreuve du témoignage au procès ni celle de se trouver face à face l'un comme «accusateur» et l'autre comme «accusé». Enfin, comme le font

majority of cases, the marital bond will have been broken by the actual making of the statement, or conversely, it will have survived to trial and will not be made worse by the reading in of the evidence: *Trammel, supra*, at p. 52.

ressortir Louisell et Mueller, la majeure partie des effets accablants sur le mariage se seront déjà fait sentir avant le procès. Dans la majorité des cas, le lien matrimonial aura été rompu au moment de la déclaration ou, inversement, il continuera d'exister au procès et ne s'en trouvera pas diminué par l'introduction de la preuve: *Trammel*, précité, à la p. 52.

128

I recognize that there is still some potential damage to a couple's marital harmony. In this regard, it is important to note that we do not have an independent doctrine of marital harmony which operates to preserve marriages at the expense of obtaining evidence. It is well established that the police during the course of investigation may enlist the spouse of an accused in gathering evidence to aid in a prosecution: *R. v. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10 (Ont. C.A.); *United States v. Archer, supra*, at p. 358. Surely, where the police obtain the aid of a witness during an investigation which leads to the conviction of his or her spouse, this cannot be any better for marital harmony than where the spouse testifies at trial; still, this type of evidence has traditionally been admitted.

Je reconnais qu'il existe encore un certain risque de préjudice pour l'harmonie conjugale du couple. À ce sujet, il importe de signaler que nous n'avons pas de théorie indépendante de l'harmonie conjugale dont l'effet serait de préserver un mariage au détriment de l'obtention d'une preuve. Il est bien établi que la police peut, dans le cadre d'une enquête, solliciter la coopération du conjoint d'un accusé pour l'établissement de la preuve à charge: *R. c. McKinnon* (1989), 70 C.R. (3d) 10 (C.A. Ont.); *United States c. Archer*, précité, à la p. 358. De toute évidence, lorsque la police obtient l'aide d'un témoin au cours d'une enquête qui mène à la condamnation d'un conjoint, une telle situation ne saurait être meilleure pour l'harmonie conjugale que le témoignage du conjoint au procès; pourtant, ce type de témoignage a traditionnellement été admis.

129

Furthermore, the conclusion of Major J. is also at odds with prior decisions of this Court. In *R. v. Jean*, [1980] 1 S.C.R. 400, in a brief judgment this Court affirmed in full the reasons of Moir J.A. in the Alberta Court of Appeal (1979), 7 C.R. (3d) 338. That case concerned the intercepted communications by wiretap of a conversation between a husband and wife. While the statements of the spouses were ultimately excluded based on the statutory provision under consideration, all the judges agreed that the evidence would have been admissible at common law, as "[i]t would appear logical that it does not matter how the conversation is overheard or intercepted if the person who overheard the conversation or the tape that recorded it could be produced in court" (p. 352).

En outre, la conclusion du juge Major est également incompatible avec les arrêts antérieurs de notre Cour. Dans *R. c. Jean*, [1980] 1 R.C.S. 400, la Cour a, dans une décision succincte, confirmé intégralement les motifs du juge Moir de la Cour d'appel de l'Alberta (1979), 7 C.R. (3d) 338. Cette affaire portait sur l'interception électronique de conversations entre un homme et son épouse. Même si les déclarations des conjoints ont finalement été écartées en application de la disposition législative en cause, tous les juges ont reconnu que la preuve aurait été admissible en common law puisqu'il [TRADUCTION] «semblerait logique de dire qu'il importerait peu comment la conversation a été entendue ou interceptée si la personne qui a entendu la conversation, ou la bande magnétique, pouvait être assignée devant le tribunal» (p. 352).

130

Similarly, in *Lloyd v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 645, this Court affirmed the principles set out in *Jean*, although the evidence was once again

De même, dans *Lloyd c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 645, notre Cour a confirmé les principes formulés dans *Jean*, bien qu'une fois de plus elle