

Hung Duc Vu Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. LA

File No.: 25389.

Hearing and judgment: March 13, 1997.

Reasons delivered: June 26, 1997.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Duty to disclose — Evidence inadvertently lost — Whether Crown relieved of duty to disclose.

Constitutional law — Charter of Rights — Principles of fundamental justice (s. 7) — Failure to disclose — Evidence inadvertently lost — Whether breach of s. 7 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).

The police found the complainant, a thirteen-year-old runaway they were looking for, in a vehicle driven by a man known to them as a pimp. The driver was later charged with sexual assault. One of complainant's conversations was taped at police headquarters in preparation for a secure treatment application and only notes of her date of birth, address and phone numbers were made. The taped conversation was not for any criminal investigation; indeed, the investigation into the accused's activities had not yet started. The constable turned over his report and the written statements, but not the tape of the initial interview, to vice unit detectives for them to investigate the complaints of prostitution and sexual assault. The vice unit detectives spoke with the complainant and that interview was recorded and transcribed. By the time of the preliminary inquiry, the constable had forgotten about the taped initial conversa-

Hung Duc Vu Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTOIRÉ: R. c. LA

N° du greffe: 25389.

Audience et jugement: 13 mars 1997.

Motifs déposés: 26 juin 1997.

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'ALBERTA

Droit criminel — Preuve — Obligation de divulgation — Élément de preuve perdu par inadvertance — Le ministère public est-il dégagé de l'obligation de divulgation?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Principes de justice fondamentale (art. 7) — Défaut de divulguer — Élément de preuve perdu par inadvertance — Y a-t-il eu violation de l'art. 7 de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).

Des policiers ont trouvé la plaignante, une fugueuse de 13 ans qu'ils recherchaient, dans un véhicule dont le conducteur était connu de la police comme étant un proxénète. Le conducteur a par la suite été accusé d'agression sexuelle. Une des conversations de la plaignante a été enregistrée au quartier général de la police en vue d'une demande de traitement en milieu fermé et on n'a pris en note que ses date de naissance, adresse et numéros de téléphone. La conversation n'a pas été enregistrée en vue d'une enquête criminelle; en fait, l'enquête sur les activités de l'accusé n'était pas encore commencée. L'agent a remis son rapport et les déclarations écrites, mais non la bande sur laquelle était enregistrée la première entrevue, aux détectives de l'escouade de la moralité pour qu'ils enquêtent sur les plaintes de prostitution et d'agression sexuelle. Les détectives de l'escouade de la moralité se sont entretenus avec la plaignante et cette entrevue a été enregistrée sur bande audio puis transcrite. Lorsque s'est tenue l'enquête préliminaire, l'agent avait oublié l'enregistrement sur bande audio de sa première conversation avec la

tion with the complainant and, some time between the interview and the trial, he misplaced the tape.

At trial, counsel for the accused successfully applied for a stay of proceedings based on the Crown's failure to disclose the initial tape recording. The Court of Appeal allowed an appeal and ordered a new trial. At issue here was whether the Crown is relieved of the duty of disclosure when it has relevant evidence in its possession but later loses it.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The Crown's duty to disclose all relevant information in its possession gives rise to an obligation to preserve relevant evidence. When the prosecution has lost evidence that should have been disclosed, the Crown has a duty to explain what happened to it. If the explanation satisfies the trial judge that the evidence has not been destroyed or lost owing to unacceptable negligence, the duty to disclose has not been breached. The Crown fails to meet its disclosure obligations where it is unable to satisfy the judge and s. 7 of the *Charter* is accordingly breached. Such a failure may also suggest that an abuse of process has occurred. An accused need not establish abuse of process for the Crown to have failed to meet its s. 7 obligation to disclose.

The court, in determining whether the Crown's explanation is satisfactory, should analyse the circumstances surrounding the loss of the evidence. The main consideration is whether the police or the Crown took reasonable steps to preserve the evidence for disclosure. The relevance that the evidence was perceived to have at the time must be considered; the police cannot be expected to preserve everything on the chance that it will be relevant in the future. In addition, even the loss of relevant evidence will not result in a breach of the duty to disclose if the conduct of the police is reasonable. As the relevance of the evidence increases, so does the degree of care for its preservation that is expected of the police.

Here, the Crown's explanation was satisfactory. The tape recording was not made in the course of the crimi-

plaignante et, à un certain moment entre l'entrevue et le procès, il a égaré la bande.

Au procès, l'avocat de l'accusé a demandé avec succès l'arrêt des procédures, invoquant le défaut du ministère public de divulguer l'existence du premier enregistrement audio. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé contre cette décision et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Il s'agit en l'espèce de savoir si le ministère public est dégagé de son obligation de divulgation s'il perd un élément de preuve pertinent qu'il a eu en sa possession.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: L'obligation du ministère public de divulguer tous les éléments de preuve pertinents en sa possession donne naissance à une obligation de conserver les éléments de preuve pertinents. Dans les cas où il perd un élément de preuve qui aurait dû être divulgué, le ministère public a l'obligation d'expliquer ce qui est arrivé à cet élément. Si les explications convainquent le juge du procès que la preuve n'a été ni détruite ni perdue par suite d'une négligence inacceptable, l'obligation de divulgation n'a pas été violée. S'il ne parvient pas à convaincre le juge, le ministère public manque à ses obligations de divulgation et il y a en conséquence violation de l'art. 7 de la *Charte*. Un tel défaut pourrait également indiquer qu'il s'est produit un abus de procédure. L'accusé n'a pas à établir qu'il y a eu abus de procédure pour démontrer que le ministère public ne s'est pas acquitté de l'obligation de divulgation que lui impose l'art. 7.

Pour déterminer si l'explication du ministère public est satisfaisante, la cour doit analyser les circonstances dans lesquelles la preuve a été perdue. La principale considération est la question de savoir si le ministère public ou la police a pris des mesures raisonnables pour conserver la preuve. La pertinence qu'on accordait alors à l'élément de preuve en cause doit être prise en considération; on ne peut attendre de la police qu'elle conserve tout ce qui lui passe entre les mains au cas où cela deviendrait un jour pertinent. En outre, même la perte d'un élément de preuve pertinent ne constituera pas une violation de l'obligation de divulgation si la conduite de la police était raisonnable. Plus la pertinence d'un élément de preuve est grande, plus le degré de diligence attendu des policiers pour conserver cette preuve est élevé.

En l'espèce, l'explication du ministère public était satisfaisante. L'enregistrement n'a pas été fait dans le

nal investigation and the police officer did not fail to take reasonable steps to preserve the tape.

No abuse of process occurred. Conduct amounting to abuse of process includes the deliberate destruction of material by the police or other officers of the Crown for the purpose of defeating the Crown's obligation to disclose and, even absent proof of improper motive, an unacceptable degree of negligent conduct.

Even where the Crown has not breached its duty to disclose, the loss of a document may be so prejudicial that it impairs the right of an accused to receive a fair trial. To make out a breach of s. 7 of the *Charter* on the ground of lost evidence, the accused must establish actual prejudice to his or her right to make full answer and defence.

The appropriateness of a stay of proceedings depends upon the effect of the conduct amounting to an abuse of process or other prejudice on the fairness of the trial. This is often best assessed in the context of the trial as it unfolds.

The appellant's right to make full answer and defence was not impaired here. The taped interview was not regarded to be a detailed conversation and was not made for the criminal investigation. More importantly, an alternative source of information was available.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The Crown's duty to disclose all relevant and unprivileged material in its possession to the defence is a feature of the common law, in addition to having constitutional underpinnings. Still, the Crown's duty to disclose is not a separate and distinct right under s. 7 of the *Charter*. While broad and complete disclosure is the rule, not every failure to disclose will necessarily amount to a constitutional violation.

The duty to preserve should not be confused with the Crown's duty to disclose. Where the Crown has turned over all relevant material in its possession to the defence, its duty to disclose is exhausted. Where it becomes known that relevant material once in the possession of the Crown or the police has become unavaila-

cours d'une enquête criminelle, et l'agent de police n'a pas omis de prendre des mesures raisonnables pour conserver la bande.

Il n'y a pas eu d'abus de procédure. Parmi les conduites qui constitueraient un abus de procédure, mentionnons la destruction, de propos délibéré, d'éléments de preuve par la police ou par d'autres représentants du ministère public en vue de contourner l'obligation de divulgation, ainsi que, même en l'absence de preuve de mobile illégitime, un degré inacceptable de négligence.

Même lorsque le ministère public n'a pas enfreint son obligation de divulgation, la perte d'un document peut être à ce point préjudiciable qu'elle porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. L'accusé qui prétend que la perte d'un élément de preuve a eu pour effet de violer l'art. 7 de la *Charte* doit démontrer que cette perte cause un préjudice concret à son droit de présenter une défense pleine et entière.

La réponse à la question de savoir si l'arrêt des procédures est une réparation convenable dépend de l'effet qu'a, sur l'équité du procès, la conduite causant un abus de procédure ou quelque autre préjudice. Souvent, il est préférable de trancher cette question au fur et à mesure du déroulement du procès.

Il n'y a pas eu atteinte au droit de l'appellant de présenter une défense pleine et entière. L'entrevue enregistrée sur bande audio n'était pas considérée comme une conversation détaillée et n'était pas faite pour les fins d'une enquête criminelle. Fait plus important encore, il existait une autre source de renseignements.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: L'obligation du ministère public de divulguer à la défense tous les éléments de preuve pertinents et non privilégiés qu'il a en sa possession découle de la common law et a également des assises constitutionnelles. Il n'en demeure pas moins que l'obligation de divulgation du ministère public n'est pas un droit séparé et distinct visé à l'art. 7 de la *Charte*. Bien que la divulgation complète et générale soit la règle, tout défaut de divulguer ne constituera pas nécessairement une violation constitutionnelle.

Il ne faut pas confondre l'obligation de conservation du ministère public avec son obligation de divulgation. Le ministère public s'est acquitté de son obligation lorsqu'il a communiqué à la défense tous les éléments de preuve pertinents en sa possession. Dans les cas où on apprend que des éléments de preuve pertinents que la police ou le ministère public a déjà eu en sa possession ne sont plus disponibles, ce dernier doit expliquer les

ble, the Crown must explain the circumstances focusing on why this material was not given to the defence.

Where the Crown fails to disclose or where relevant material is not preserved, the constitutional inquiry must be properly grounded. In that regard, the focus will be twofold: (1) did the failure to disclose have an effect upon the accused's right to make full answer and defence; and (2) did the Crown's conduct violate fundamental principles underlying the community's sense of decency and fair play and cause prejudice to the integrity of the judicial system. Where either of these effects are demonstrated on a balance of probabilities, a violation of s. 7 will have been demonstrated. The trial judge will then be entitled to fashion a remedy pursuant to s. 24(1). This should be done in accordance with the principles laid out in *R. v. O'Connor*.

Cases Cited

By Sopinka J.

Considered: *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754, aff'g (1994), 88 C.C.C. (3d) 557; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; **referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. B. (D.J.)* (1993), 16 C.R.R. (2d) 381; *R. v. Andrew (S.)* (1992), 60 O.A.C. 324; *R. v. François (L.)* (1993), 65 O.A.C. 306; *R. v. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660.

By L'Heureux-Dubé J.

Considered: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Khela*, [1995] 4 S.C.R. 201; *R. v. Biscette* (1995), 169 A.R. 81, aff'd [1996] 3 S.C.R. 599; **referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113; *R. v. Douglas*, [1993] 1 S.C.R. 893, aff'g (1991), 5 O.R. (3d) 29; *R. v. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378; *R. v. Peterson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 64; *R. v. B. (T.)* (1994), 23 C.R.R. (2d) 355; *R. v. Richer* (1993), 82 C.C.C. (3d) 385, aff'd [1994] 2 S.C.R. 486; *R. v. Jack*, [1994] 2 S.C.R. 310; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537; *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206.

circonstances ayant entraîné leur absence, en s'attachant principalement aux raisons pour lesquelles ces éléments de preuve n'ont pas été remis à la défense.

Lorsque le ministère public ne divulgue pas sa preuve ou que des éléments pertinents ne sont pas conservés, l'examen constitutionnel doit reposer sur des fondements appropriés. À cet égard, cet examen comporte deux volets: 1) L'omission de divulguer a-t-elle eu un effet sur le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière? 2) Le ministère public a-t-il eu une conduite qui a violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence de la société et porté atteinte à l'intégrité du système judiciaire? Lorsque l'un ou l'autre de ces effets est établi par prépondérance des probabilités, la violation de l'art. 7 est démontrée. Le juge du procès peut alors accorder une réparation fondée sur le par. 24(1). Cela devrait être fait en conformité avec les principes énoncés dans *R. c. O'Connor*.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts examinés: *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754, conf. (1994), 88 C.C.C. (3d) 557; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; **arrêts mentionnés:** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. B. (D.J.)* (1993), 16 C.R.R. (2d) 381; *R. c. Andrew (S.)* (1992), 60 O.A.C. 324; *R. c. François (L.)* (1993), 65 O.A.C. 306; *R. c. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts examinés: *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201; *R. c. Biscette* (1995), 169 A.R. 81, conf. par [1996] 3 R.C.S. 599; **arrêts mentionnés:** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113; *R. c. Douglas*, [1993] 1 R.C.S. 893, conf. (1991), 5 O.R. (3d) 29; *R. c. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378; *R. c. Peterson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 64; *R. c. B. (T.)* (1994), 23 C.R.R. (2d) 355; *R. c. Richer* (1993), 82 C.C.C. (3d) 385, conf. par [1994] 2 R.C.S. 486; *R. c. Jack*, [1994] 2 R.C.S. 310; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537; *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206.

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

Hendel, Ursula, and Peter Sankoff. "R. v. Edwards: When Two Wrongs Might Just Make a Right" (1996), 45 C.R. (4th) 330.

Mitchell, Graeme G. "Abuse of Process and the Crown's Disclosure Obligation" (1996), 44 C.R. (4th) 130.

Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. G. Arthur Martin, Chairperson. Toronto: The Committee, 1993.

Stuesser, Lee. "Abuse of Process: The Need to Reconsider" (1994), 29 C.R. (4th) 92.

Young, Alan N. *Adversarial Justice and the Charter of Rights: Stunting the Growth of the "Living Tree"* (1997), 39 *Crim. L.Q.* 406.

APPEAL from a judgment of Alberta Court of Appeal (1996), 181 A.R. 192, 116 W.A.C. 192, 105 C.C.C. (3d) 417, allowing an appeal from a stay of proceedings granted by Wilkins J. and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Balfour Q. H. Der and Robert J. Batting, for the appellant.

Elizabeth A. Hughes, for the respondent.

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

Lois et règlements cités

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

Doctrine citée

Hendel, Ursula, and Peter Sankoff. «R. v. Edwards: When Two Wrongs Might Just Make a Right» (1996), 45 C.R. (4th) 330.

Mitchell, Graeme G. «Abuse of Process and the Crown's Disclosure Obligation» (1996), 44 C.R. (4th) 130.

Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. G. Arthur Martin, Chairperson. Toronto: The Committee, 1993.

Stuesser, Lee. «Abuse of Process: The Need to Reconsider» (1994), 29 C.R. (4th) 92.

Young, Alan N. *Adversarial Justice and the Charter of Rights: Stunting the Growth of the «Living Tree»* (1997), 39 *Crim. L.Q.* 406.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1996), 181 A.R. 192, 116 W.A.C. 192, 105 C.C.C. (3d) 417, qui a accueilli l'appel formé contre l'arrêt des procédures accordé par le juge Wilkins, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Balfour Q. H. Der et Robert J. Batting, pour l'appellant.

Elizabeth A. Hughes, pour l'intimée.

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

1

SOPINKA J. — This case raises the issue of whether the Crown has breached its disclosure obligations when through innocent inadvertence it loses evidence that would otherwise be disclosed. The Alberta Court of Appeal set aside the stay entered by the trial judge and ordered a new trial. The appeal to this Court was dismissed at the conclusion of oral arguments with reasons to follow. I find that when the prosecution has lost evidence that should have been disclosed, the Crown has a duty to explain what happened to it. So long as the explanation is satisfactory, it discharges the Crown's constitutional obligation to disclose.

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le ministère public manque à ses obligations en matière de divulgation lorsque, innocemment, il perd par inadvertance un élément de preuve qui sans cela aurait dû être divulgué. La Cour d'appel de l'Alberta a écarté l'arrêt des procédures inscrit par le juge du procès et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Au terme des plaidoiries, notre Cour a rejeté le pourvoi, avec motifs à suivre. Je conclus que, dans les cas où il perd un élément de preuve qui aurait dû être divulgué, le ministère public a l'obligation d'expliquer ce qui est arrivé à cet élément. En autant qu'il donne une

There will, however, be a breach of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if the explanation does not satisfy the trial judge. Moreover, I would not rule out a remedy in the extraordinary case in which a satisfactory explanation is given for the loss of evidence and no abuse of process is found, but the evidence is so important that its loss renders a fair trial problematic.

explication satisfaisante, le ministère public s'acquitte de son obligation de divulgation. Toutefois, il y aura violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* si l'explication ne convainc pas le juge du procès. Qui plus est, je n'exclus pas la possibilité qu'une réparation soit accordée dans la situation extraordinaire où, quoiqu'une explication satisfaisante soit donnée pour expliquer la perte de l'élément de preuve et qu'il n'y ait pas d'abus de procédure, l'élément en question est à ce point important que sa perte compromet la tenue d'un procès équitable.

Facts

At around midnight on May 27, 1993, Constables Hollinger and Halford were looking for a 13-year-old runaway, the complainant M.F. They stopped a vehicle whose driver was known to the police as a pimp and found M.F. inside. M.F. was taken to police headquarters by other police officers. She spent the next five hours there. During this time she spoke to the police officers, as well as others, including her mother. Const. Hollinger made a 45-minute tape recording of one of the conversations he had with her. Because the conversation was recorded, Const. Hollinger only made notes of M.F.'s date of birth, address and phone numbers. He did not want to go into a detailed interview with M.F. Around 5:00 a.m., she was taken to Hull Home, a secure youth custody and treatment centre.

On June 1, 1993, Const. Hollinger testified at Family Court on an application for a secure treatment order for M.F. He told the court about the 45 minute taped interview, saying that it related to her life on the run and her being forced into prostitution. He said that she was cooperative, but told police a few lies during the interview. He also related her description of some of the things that had been done to her in various hotels, including the Ranger Motel.

Les faits

Vers minuit le 27 mai 1993, les agents Hollinger et Halford étaient à la recherche d'une fugueuse de 13 ans, la plaignante M.F. Ils ont intercepté un véhicule, dont le conducteur était connu de la police comme étant un proxénète, et dans lequel se trouvait M.F. Celle-ci a été conduite au quartier général de la police par d'autres agents. Elle y a passé les cinq heures qui ont suivi. Durant cette période, elle a parlé aux agents ainsi qu'à d'autres personnes, dont sa mère. L'agent Hollinger a fait un enregistrement audio d'une durée de 45 minutes d'une de ses conversations avec elle. Étant donné qu'il enregistrerait la conversation, l'agent Hollinger n'a pris en note que la date de naissance, l'adresse et les numéros de téléphone de M.F. Il ne voulait pas faire un interrogatoire détaillé de M.F. Vers 5 h 00, celle-ci a été conduite au Hull Home, un centre de garde et de traitement en milieu fermé pour adolescents.

Le 1^{er} juin 1993, l'agent Hollinger a témoigné devant le tribunal de la famille dans le cadre de l'audition d'une demande d'ordonnance de traitement en milieu fermé visant M.F. Il a parlé au tribunal de l'entrevue enregistrée de 45 minutes, disant qu'elle portait sur la vie en fugue de M.F. et le fait qu'elle avait été poussée à la prostitution. Il a dit qu'elle était coopérative, mais qu'elle avait menti à quelques reprises aux policiers au cours de l'entrevue. Il a également fait état de la description qu'elle avait donnée de certaines des choses qui lui avaient été faites dans différents hôtels, y compris le Ranger Motel.

2

3

- 4 Following further investigation, Const. Hollinger discovered two other young girls at the Hull Home had also been part of the same prostitution network. On June 3, 1993, Const. Hollinger went to Hull Home and spoke to M.F. and two other 13-year-old girls. He gave each of them police witness statement forms, asking them to write out a statement describing their life on the street. He instructed the Hull Home staff to separate the girls while they wrote their statements. The next day, he returned to Hull Home with a pre-typed list of questions which he gave to each girl after receiving their written statements.
- 5 Const. Hollinger turned his report and the written statements over to detectives from the vice unit for them to investigate the complaints of prostitution and sexual assault. However, the tape of the initial interview with M.F. was not turned over to them.
- 6 In August 1993, the police laid several prostitution-related charges. Four men were charged with the assault of the young girls; the appellant, Vu, was charged with the sexual assault of M.F. only. The vice unit detectives spoke with M.F. on July 8, 1993. That interview was tape recorded and transcribed.
- 7 By the time of the preliminary inquiry (February 28 — March 2, 1994), Const. Hollinger had forgotten that he had tape recorded his conversation with M.F. and that she had told him something about the Ranger Motel incident. Some time between the interview and the trial, Const. Hollinger misplaced the tape. Const. Hollinger testified that he had searched for the tape but had not found it.
- 8 The reason given by Const. Hollinger for the paucity of notes taken by him was that the day after he apprehended M.F., he shot the tire out of a car after a high speed chase and was consequently
- Après une enquête plus approfondie, l'agent Hollinger a découvert, au Hull Home, deux autres jeunes filles qui avaient elles aussi fait partie du même réseau de prostitution. Le 3 juin 1993, l'agent Hollinger s'est rendu au Hull Home et a parlé à M.F. et à deux autres jeunes filles de 13 ans. Il a remis à chacune des formulaires de déclaration de témoin, leur demandant de rédiger une déclaration décrivant leur vie de prostituées. Il a dit au personnel du Hull Home de séparer les jeunes filles pendant qu'elles rédigeaient leur déclaration. Le lendemain, il est retourné au Hull Home, muni d'un questionnaire qu'il a remis à chacune des jeunes filles, après avoir reçu leurs déclarations écrites.
- L'agent Hollinger a remis son rapport et les déclarations écrites aux détectives de l'escouade de la moralité pour qu'ils enquêtent sur des plaintes de prostitution et d'agression sexuelle. Cependant, la bande sur laquelle était enregistrée la première entrevue avec M.F. n'a pas été remise aux détectives.
- En août 1993, la police a déposé plusieurs accusations reliées à la prostitution. Quatre hommes ont été accusés de voies de fait contre les jeunes filles; l'appellant, Vu, a été accusé d'agression sexuelle contre M.F. seulement. Les détectives de l'escouade de la moralité se sont entretenus avec M.F. le 8 juillet 1993. Cette entrevue a été enregistrée sur bande audio puis transcrite.
- Lorsque s'est tenue l'enquête préliminaire (du 28 février au 2 mars 1994), l'agent Hollinger avait oublié qu'il avait enregistré sur bande audio sa conversation avec M.F. et que celle-ci lui avait dit quelque chose au sujet de l'incident au Ranger Motel. À un certain moment entre l'entrevue et le procès, l'agent Hollinger a égaré la bande. Il a témoigné qu'il l'avait cherchée, mais sans succès.
- La raison donnée par l'agent Hollinger pour expliquer le peu de notes qu'il avait pris était que, le lendemain de l'arrestation de M.F., il avait tiré dans les pneus d'une auto après une poursuite à

under investigation. He described it as “quite a stressful time”.

At trial, counsel for the accused applied for a stay of proceedings based on the Crown’s failure to disclose the tape recording made by Const. Hollinger of the first complainant. Wilkins J. granted the application for a stay of proceedings. On appeal, the Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial.

Judgments Below

Alberta Court of Queen’s Bench

Wilkins J. discussed the conflicting interests between the alleged victims and society in seeing that those who are accused are brought to trial with that of the right of the accused to make full answer and defence. He rejected the Crown’s suggestion that M.F.’s evidence not be called since this would not address the prejudice to the other accused.

Wilkins J. found that each of the accused had established, on a balance of probabilities, that their respective rights to cross-examination of M.F. and the other witnesses would be impaired by not having access to the tape-recording, any transcript or other material notes of the initial interview. This case differed from the authorities cited because here there was no evidence or material from which the Crown could demonstrate substantial disclosure of this vital information. It no longer existed and he could not order the Crown to produce it. Consequently, a stay of proceedings was the only remedy for non-disclosure by the Crown which could negate the prejudice caused by the non-disclosure.

grande vitesse, et qu’il faisait l’objet d’une enquête à cet égard. Il a dit que cela avait été [TRADUCTION] «une période de grand stress».

Au procès, l’avocat de l’accusé a demandé l’arrêt des procédures, invoquant le défaut du ministère public de divulguer l’existence de l’enregistrement audio fait par l’agent Hollinger de l’entrevue avec la première plaignante. Le juge Wilkins a accordé la demande d’arrêt des procédures. La Cour d’appel a accueilli l’appel formé contre cette décision et a ordonné la tenue d’un nouveau procès.

Les décisions des juridictions inférieures

La Cour du Banc de la Reine de l’Alberta

Le juge Wilkins a analysé les intérêts opposés de ceux qui se disent victimes et de la société, d’une part, et des personnes accusées, d’autre part, savoir, dans le cas des premiers, l’intérêt à ce que les personnes accusées soient traduites devant les tribunaux, et, dans le cas des secondes, leur droit de présenter une défense pleine et entière. Il a rejeté la suggestion du ministère public de ne pas faire témoigner M.F. parce que cela ne concernerait pas le préjudice causé aux autres accusés.

Le juge Wilkins a conclu que les accusés avaient tous établi, suivant la prépondérance des probabilités, que leur droit respectif de contre-interroger M.F. et les autres témoins serait compromis parce qu’ils n’avaient pas accès à l’enregistrement audio de l’entrevue initiale, ni à quelque transcription de celle-ci ou à d’autres notes substantielles y ayant trait. Selon lui, la présente affaire se distinguait des arrêts cités du fait qu’en l’espèce il n’y avait aucun élément de preuve ou document au moyen duquel le ministère public pourrait démontrer qu’il avait fait une divulgation substantielle de ces renseignements vitaux. Cet élément n’existait plus, et il ne pouvait ordonner au ministère public de le produire. Par conséquent, l’arrêt des procédures était la seule mesure permettant de réparer le préjudice causé par la non-divulgation par le ministère public.

9

10

11

12 Wilkins J. rejected entirely the submission by counsel for one of the defendants that there was an abuse of process on the part of the Crown. He was satisfied that no improper motive could be attributed to the Crown or the police in connection with the loss of the tape.

Alberta Court of Appeal (1996), 181 A.R. 192

13 The court was of the view that the trial judge erred in finding that the Crown had breached a duty to disclose. As the Crown could only disclose what it has in its possession or control, it could not disclose the tape recording because of its inadvertent loss. The court held that while they did not wish to find that the police did not have a duty to preserve evidence and statements taken by them, perfection was not required. The inadvertent loss of a statement should not lead to a stay of proceedings any more than the failure of a police officer to take complete notes or to record each conversation with a witness. The Crown had disclosed to the defence all that it had in its possession with respect to the three young witnesses, including detailed written and taped statements.

14 The court found that because there was no breach by the Crown of its duty to disclose, they did not need to deal with the issue of whether there was evidence before the trial judge on which he could conclude on a balance of probabilities that the accused's right to make full answer and defence was so seriously impaired as to justify a stay of proceedings. The test to be applied came from *R. v. Stinchcombe* (1994), 88 C.C.C. (3d) 557 ("*Stinchcombe* (No. 2)"). The court noted that no one asked Const. Hollinger whether the written statements of the complainant were substantially different from those in the taped statement. The court disagreed with the trial judge's statement that there was a legal obligation on the police to make a complete record of the initial oral complaint of a complainant. It would normally be impractical to do so. Witnesses were often emotionally upset or

Le juge Wilkins a entièrement rejeté l'allégation de l'avocat d'un des défendeurs que le ministère public avait commis un abus de procédure. Il était convaincu qu'aucun mobile illégitime ne pouvait être imputé au ministère public ou à la police relativement à la perte de la bande audio.

La Cour d'appel de l'Alberta (1996), 181 A.R. 192

La cour a exprimé l'avis que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que le ministère public avait manqué à son obligation de divulgation. Comme le ministère public ne pouvait divulguer que ce qui était en sa possession et sous son contrôle, il ne pouvait divulguer l'enregistrement sur bande audio, puisque cette bande avait été perdue par inadvertance. Précisant qu'elle n'entendait pas conclure que la police n'avait pas l'obligation de conserver les éléments de preuve et les déclarations qu'elle recueille, la cour a néanmoins statué que la perfection n'était pas requise. La perte par inadvertance d'une déclaration ne devrait pas davantage entraîner un arrêt des procédures que l'omission d'un policier de prendre des notes complètes ou de consigner chaque conversation qu'il a avec un témoin. Le ministère public avait divulgué à la défense tout ce qu'il avait en sa possession relativement aux trois jeunes témoins, y compris les déclarations écrites détaillées et des déclarations sur bande audio.

La cour a conclu que, comme le ministère public n'avait pas manqué à son obligation de divulgation, elle n'avait pas à se demander si le juge du procès disposait d'éléments de preuve qui lui aurait permis de conclure, suivant la prépondérance des probabilités, que l'atteinte au droit des accusés de présenter une défense pleine et entière était sérieuse au point de justifier l'arrêt des procédures. Le critère applicable avait été dégagé dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe* (1994), 88 C.C.C. (3d) 557 ("*Stinchcombe* (n° 2)"). La cour a fait remarquer que personne n'a demandé à l'agent Hollinger si les déclarations écrites de la plaignante différaient de façon importante de celles que contenait la bande audio. La cour a dit être en désaccord avec l'affirmation du juge du procès que la police était tenue par la loi de consigner de façon complète la plainte initiale formulée de vive voix par

required medical attention. It would be sufficient if the police officer obtained a written statement or an oral statement reduced to writing within a reasonable period of time, unless the evidence established on a balance of probabilities that the oral statement was materially different, in some particular other than lack of detail, from that later given in writing.

Issues

1. Is the Crown relieved of the duty of disclosure when it has in its possession relevant evidence but later loses that evidence?
2. Did the trial judge err in entering a stay of proceedings?

Analysis

Discharge of the Duty to Disclose in Lost Evidence Cases

Since this Court's decision in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 ("*Stinchcombe (No. 1)*"), the obligation of the Crown to disclose all relevant information in its possession, whether inculpatory or exculpatory, whether the Crown intends to rely on it or not, has been well established. Witness statements raised a special problem in that case. We found that police notes should be disclosed if they exist, and if they do not, a "will say" statement based on the information in the Crown's possession and summarizing the anticipated evidence of the witness should be disclosed; see p. 344.

This Court recognized that the Crown's duty to disclose gives rise to an obligation to preserve relevant evidence in *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 472, where we noted that the Crown may be obliged to retain blood samples beyond the three-month statutory period in order to comply with

un plaignant. Il est habituellement impossible en pratique de le faire, car souvent les témoins sont bouleversés ou ont besoin de soins médicaux. Il suffit que la police recueille une déclaration écrite ou encore une déclaration orale qui est ensuite consignée par écrit dans un délai raisonnable, à moins que la preuve n'établisse, suivant la prépondérance des probabilités, que la déclaration orale diffère de façon importante — à quelque égard autre qu'un manque de détails — de celle faite plus tard par écrit.

Les questions en litige

1. Le ministère public est-il dégagé de son obligation de divulgation s'il perd un élément de preuve pertinent qu'il a eu en sa possession?
2. Le juge du procès a-t-il fait erreur en inscrivant l'arrêt des procédures?

L'analyse

Le respect de l'obligation de divulgation dans les affaires de perte d'éléments de preuve

Depuis l'arrêt de notre Cour *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 ("*Stinchcombe (n° 1)*"), il est bien établi que le ministère public a l'obligation de divulguer tous les éléments de preuve pertinents en sa possession, qu'ils soient inculpatatoires ou exculpatatoires et qu'il compte s'en servir ou non. Dans cette affaire, les déclarations des témoins posaient un problème particulier. Nous avons conclu que les notes prises par les policiers doivent être divulguées et que, s'il n'en existe pas, il faut communiquer un énoncé de ce que «va dire» le témoin, établi à partir des renseignements dont dispose le ministère public et résumant la déposition: voir la p. 344.

Dans *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, notre Cour a reconnu que l'obligation de divulgation du ministère public donnait naissance à une obligation de conserver les éléments de preuve pertinents. En effet, à la p. 472, nous avons souligné que le ministère public pouvait être tenu de garder des échantillons de sang au-delà du délai de trois mois prévu par la loi, afin de respecter les exigences en

15

16

17

the disclosure requirements resulting from *Stinchcombe* (No. 1).

matière de divulgation découlant de l'arrêt *Stinchcombe* (n° 1).

18 The issue of the Crown's disclosure obligations where evidence has been lost arose during the new trial ordered by this Court in *Stinchcombe* (No. 1). The police had misplaced a tape recording of an interview with a witness. During the interview, the witness had expressed doubts about the accuracy of her earlier testimony. The officer who interviewed her had died of a brain tumour. However, the Crown disclosed a transcript of the interview. In setting aside the stay of proceedings entered by the trial judge, the Alberta Court of Appeal noted that it is information contained in witness statements that must be disclosed, not the original statement: *Stinchcombe* (No. 2), *supra*. This Court agreed, [1995] 1 S.C.R. 754, at para. 2:

The Crown can only produce what is in its possession or control. There is no absolute right to have originals produced. If the Crown has the originals of documents which ought to be produced, it should either produce them or allow them to be inspected. If, however, the originals are not available and if they had been in the Crown's possession, then it should explain their absence. If the explanation is satisfactory, the Crown has discharged its obligation unless the conduct which resulted in the absence or loss of the original is in itself such that it may warrant a remedy under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

La question des obligations du ministère public en matière de divulgation lorsque des éléments de preuve sont perdus s'est soulevée au cours du nouveau procès ordonné par notre Cour dans *Stinchcombe* (n° 1). La police avait égaré l'enregistrement audio de l'entrevue d'un témoin, entrevue au cours de laquelle cette personne avait exprimé des doutes quant à l'exactitude de son témoignage antérieur. L'agent qui avait fait l'entrevue était décédé des suites d'une tumeur au cerveau. Cependant, le ministère public avait communiqué une transcription de l'entrevue. En écartant l'arrêt des procédures inscrit par le juge du procès, la Cour d'appel de l'Alberta a souligné que ce sont les renseignements que contiennent les déclarations des témoins qui doivent être divulgués et non l'original de la déclaration: *Stinchcombe* (n° 2), précité. Notre Cour a été d'accord avec cette conclusion, [1995] 1 R.C.S. 754, au par. 2:

Le ministère public ne peut produire que ce qu'il a en sa possession ou ce dont il a le contrôle. Il n'existe pas de droit absolu de faire produire les originaux. Si le ministère public a les originaux des documents qui doivent être produits, il doit les produire ou permettre qu'ils soient examinés. Cependant, si les originaux ne sont pas disponibles et si le ministère public les a déjà eus en sa possession, il doit expliquer leur absence. Si l'explication est satisfaisante, le ministère public s'est acquitté de son obligation, sauf si la conduite qui a entraîné l'absence ou la perte des originaux est en elle-même telle qu'elle pourrait justifier une réparation aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

19 A similar principle was expressed in *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 25:

In situations in which the existence of certain information has been identified, then the Crown must justify non-disclosure by demonstrating either that the information sought is beyond its control, or that it is clearly irrelevant or privileged.

Un principe similaire a été établi dans *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, au par. 25:

Dans les cas où l'existence de certains renseignements a été établie, le ministère public est tenu de justifier la non-divulgence en démontrant soit qu'il n'en a pas le contrôle soit qu'ils sont manifestement sans pertinence ou privilégiés.

20 This obligation to explain arises out of the duty of the Crown and the police to preserve the fruits of the investigation. The right of disclosure would be a hollow one if the Crown were not required to preserve evidence that is known to be relevant. Yet

Cette obligation de justification découle de l'obligation qu'ont le ministère public et la police de conserver les fruits de l'enquête. Le droit à la divulgation serait vide de sens si le ministère public n'était pas tenu de conserver des éléments

despite the best efforts of the Crown to preserve evidence, owing to the frailties of human nature, evidence will occasionally be lost. The principle in *Stinchcombe (No. 2)*, *supra*, recognizes this unfortunate fact. Where the Crown's explanation satisfies the trial judge that the evidence has not been destroyed or lost owing to unacceptable negligence, the duty to disclose has not been breached. Where the Crown is unable to satisfy the judge in this regard, it has failed to meet its disclosure obligations, and there has accordingly been a breach of s. 7 of the *Charter*. Such a failure may also suggest that an abuse of process has occurred, but that is a separate question. It is not necessary that an accused establish abuse of process for the Crown to have failed to meet its s. 7 obligation to disclose.

In order to determine whether the explanation of the Crown is satisfactory, the Court should analyse the circumstances surrounding the loss of the evidence. The main consideration is whether the Crown or the police (as the case may be) took reasonable steps in the circumstances to preserve the evidence for disclosure. One circumstance that must be considered is the relevance that the evidence was perceived to have at the time. The police cannot be expected to preserve everything that comes into their hands on the off-chance that it will be relevant in the future. In addition, even the loss of relevant evidence will not result in a breach of the duty to disclose if the conduct of the police is reasonable. But as the relevance of the evidence increases, so does the degree of care for its preservation that is expected of the police.

What is the conduct arising from failure to disclose that will amount to an abuse of process? By definition it must include conduct on the part of governmental authorities that violates those fundamental principles that underlie the community's sense of decency and fair play. The deliberate

de preuve qu'on sait pertinents. Pourtant, malgré tous les efforts que déploie le ministère public pour conserver la preuve, comme l'être humain n'est pas infaillible, il arrive, à l'occasion, que des éléments soient perdus. Le principe établi dans l'arrêt *Stinchcombe (n° 2)*, précité, reconnaît ce malheureux état de fait. Si les explications du ministère public convainquent le juge du procès que la preuve n'a été ni détruite ni perdue par suite d'une négligence inacceptable, l'obligation de divulgation n'a pas été violée. Toutefois, si le ministère ne parvient pas à convaincre le juge à cet égard, il manque à ses obligations en matière de divulgation et il y a en conséquence violation de l'art. 7 de la *Charte*. Un tel défaut pourrait également indiquer qu'il s'est produit un abus de procédure, mais il s'agit-là d'une toute autre question. L'accusé n'a pas à établir qu'il y a eu abus de procédure pour démontrer que le ministère public ne s'est pas acquitté de l'obligation de divulgation que lui impose l'art. 7.

Pour déterminer si l'explication du ministère public est satisfaisante, la Cour doit analyser les circonstances dans lesquelles la preuve a été perdue. La principale considération est la question de savoir si le ministère public ou la police (selon le cas) a pris des mesures raisonnables dans les circonstances pour conserver la preuve en vue de sa divulgation. Un facteur qui doit être pris en considération est la pertinence qu'on accordait alors à l'élément de preuve en cause. On ne peut attendre de la police qu'elle conserve tout ce qui lui passe entre les mains au cas où cela deviendrait un jour pertinent. En outre, même la perte d'un élément de preuve pertinent ne constituera pas une violation de l'obligation de divulgation si la conduite de la police était raisonnable. Cependant, plus la pertinence d'un élément de preuve est grande, plus le degré de diligence attendu des policiers pour conserver cette preuve est élevé.

Quelle conduite découlant du défaut de divulguer constituera un abus de procédure? Par définition, il doit s'agir d'une conduite d'une autorité gouvernementale qui viole les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence de la société. La destruction de propos

21

22

destruction of material by the police or other officers of the Crown for the purpose of defeating the Crown's obligation to disclose the material will, typically, fall into this category. An abuse of process, however, is not limited to conduct of officers of the Crown which proceeds from an improper motive. See *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at paras. 78-81, *per* Justice L'Heureux-Dubé for the majority on this point. Accordingly, other serious departures from the Crown's duty to preserve material that is subject to production may also amount to an abuse of process notwithstanding that a deliberate destruction for the purpose of evading disclosure is not established. In some cases an unacceptable degree of negligent conduct may suffice.

délibéré d'éléments de preuve par la police ou par d'autres représentants du ministère public en vue de contourner l'obligation de divulgation de celui-ci est un exemple du genre de conduites visées. Toutefois, l'abus de procédure ne se limite pas aux conduites de représentants du ministère public qui agissent pour un mobile illégitime. Voir, dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, aux par. 78 à 81, les propos exprimés par le juge L'Heureux-Dubé pour la majorité sur cette question. Par conséquent, d'autres dérogations graves à l'obligation qu'a le ministère public de conserver les éléments qui doivent être produits peuvent également constituer un abus de procédure, même s'il n'est pas établi que des éléments de preuve ont été détruits de propos délibéré pour faire obstacle à leur divulgation. Dans certains cas, une conduite démontrant un degré inacceptable de négligence pourrait être suffisante.

23

In either case, whether the Crown's failure to disclose amounts to an abuse of process or is otherwise a breach of the duty to disclose and therefore a breach of s. 7 of the *Charter*, a stay may be the appropriate remedy if it is one of those rarest of cases in which a stay may be imposed, the criteria for which have most recently been outlined in *O'Connor*, *supra*. With all due respect to the opinion expressed by my colleague Justice L'Heureux-Dubé to the effect that the right to disclosure is not a principle of fundamental justice encompassed in s. 7, this matter was settled in *Stinchcombe (No. 1)*, *supra*, and confirmed by the decision of this Court in *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80. In *Stinchcombe (No. 1)* the right to make full answer and defence of which the right to disclosure forms an integral part was specifically recognized as a principle of fundamental justice included in s. 7 of the *Charter*. This was reaffirmed in *Carosella*. In para. 37 I stated on behalf of the majority:

The right to disclosure of material which meets the *Stinchcombe* threshold is one of the components of the right to make full answer and defence which in turn is a principle of fundamental justice embraced by s. 7 of the

Dans l'une ou l'autre des circonstances évoquées précédemment, que le défaut de divulguer du ministère public constitue ou non un abus de procédure ou un autre manquement à son obligation de divulgation et, partant, une violation de l'art. 7 de la *Charte*, il est possible que l'arrêt des procédures soit la réparation convenable s'il s'agit d'un des rares cas où cette réparation, dont les critères d'application ont tout récemment été exposés dans *O'Connor*, précité, peut être accordée. En toute déférence pour l'opinion exprimée par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé selon laquelle le droit à la divulgation n'est pas un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7, cette question a été tranchée dans *Stinchcombe (n° 1)*, précité, et la réponse confirmée dans *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80. Dans *Stinchcombe (n° 1)*, le droit de présenter une défense pleine et entière, dont le droit à la divulgation fait partie intégrante, a été spécifiquement reconnu comme étant un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7 de la *Charte*. Ce principe a été réaffirmé dans *Carosella*. Au paragraphe 37 de cet arrêt, j'ai dit ce qui suit au nom de la majorité:

Le droit à la communication de documents qui satisfait au critère préliminaire établi dans *Stinchcombe* est l'un des éléments du droit de présenter une défense pleine et entière qui est lui un principe de justice fonda-

Charter. Breach of that obligation is a breach of the accused's constitutional rights without the requirement of an additional showing of prejudice. To paraphrase Lamer C.J. in *Tran* [[1994] 2 S.C.R. 951], the breach of this principle of fundamental justice is in itself prejudicial. The requirement to show additional prejudice or actual prejudice relates to the remedy to be fashioned pursuant to s. 24(1) of the *Charter*.

The Crown's obligation to disclose evidence does not, of course, exhaust the content of the right to make full answer and defence under s. 7 of the *Charter*. Even where the Crown has discharged its duty by disclosing all relevant information in its possession and explaining the circumstances of the loss of any missing evidence, an accused may still rely on his or her s. 7 right to make full answer and defence. Thus, in extraordinary circumstances, the loss of a document may be so prejudicial to the right to make full answer and defence that it impairs the right of an accused to receive a fair trial. In such circumstances, a stay may be the appropriate remedy, provided the criteria to which I refer above have been met.

It is not necessary to elaborate a test to be used in such cases in order to deal with the case at bar. Suffice it to say that, where the Crown has met its disclosure obligations, in order to make out a breach of s. 7 on the ground of lost evidence, the accused must establish actual prejudice to his or her right to make full answer and defence. This requirement is seen most clearly in lost evidence cases reviewed by my colleague Justice L'Heureux-Dubé in her reasons in *Carosella*, *supra*; see paras. 76-80.

The appellant sought to draw a parallel between this case and *Carosella* which was released immediately before the hearing of this appeal. The two cases, however, are clearly distinguishable. In

mentale visé à l'art. 7 de la *Charte*. Le fait de manquer à cette obligation constitue une atteinte aux droits constitutionnels de l'accusé, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice additionnel. Pour paraphraser les propos du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Tran* [[1994] 2 R.C.S. 951], la violation de ce principe de justice fondamentale est préjudiciable en soi. L'obligation de prouver un préjudice additionnel ou concret concerne la réparation qui doit être déterminée en application du par. 24(1) de la *Charte*.

L'obligation du ministère public en matière de divulgation de la preuve ne couvre évidemment pas tous les aspects du droit de présenter une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 de la *Charte*. En effet, même lorsque le ministère public s'est acquitté de son obligation en divulguant tous les renseignements pertinents en sa possession et en expliquant les circonstances de la perte de tout élément de preuve, l'accusé jouit toujours du droit que lui garantit l'art. 7 de présenter une défense pleine et entière. Ainsi, il est possible, dans des circonstances exceptionnelles, que la perte d'un document soit à ce point préjudiciable au droit de présenter une défense pleine et entière qu'elle porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Dans de telles circonstances, il est possible que l'arrêt des procédures soit la réparation convenable, pourvu que les critères dont j'ai fait état plus tôt soient respectés.

Il n'est pas nécessaire, pour trancher le présent cas, d'élaborer un critère devant être utilisé dans les affaires de ce genre. Qu'il suffise de dire que, dans les cas où le ministère public s'est acquitté de ses obligations en matière de divulgation, l'accusé qui prétend que la perte d'un élément de preuve a eu pour effet de violer l'art. 7 doit démontrer que cette perte cause un préjudice concret à son droit de présenter une défense pleine et entière. Une telle exigence ressort clairement des affaires d'éléments de preuve perdus examinées par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs dans *Carosella*, précité; voir les par. 76 à 80.

L'appelant a cherché à établir un parallèle entre le présent cas et l'affaire *Carosella*, arrêt rendu tout juste avant le début de l'audition du présent pourvoi. Cependant, il existe une distinction très

24

25

26

Carosella, the documents which were destroyed were relevant and subject to disclosure under the test in *O'Connor*, *supra*. The conduct of the Sexual Assault Crisis Centre destroyed the accused's right under the *Charter* to have those documents produced. That amounted to a serious breach of the accused's constitutional rights and a stay was, in the particular circumstances, the only appropriate remedy. Where, however, the evidence has been inadvertently lost, the same concerns about the deliberate frustration of the court's jurisdiction over the admission of evidence do not arise. As the following passage from the majority judgment (at para. 56) attests, we expressly distinguished the case from the lost evidence cases generally:

The justice system functions best and instils public confidence in its decisions when its processes are able to make available all relevant evidence which is not excluded by some overriding public policy. Confidence in the system would be undermined if the administration of justice condoned conduct designed to defeat the processes of the court. The agency made a decision to obstruct the course of justice by systematically destroying evidence which the practices of the court might require to be produced. This decision is not one for the agency to make. Under our system, which is governed by the rule of law, decisions as to which evidence is to be produced or admitted is for the courts. It is this feature of the appeal in particular that distinguishes this case from lost evidence cases generally. [Emphasis added.]

Timing of the Disposition of the Application for a Stay

27

The appropriateness of a stay of proceedings depends upon the effect of the conduct amounting to an abuse of process or other prejudice on the fairness of the trial. This is often best assessed in the context of the trial as it unfolds. Accordingly, the trial judge has a discretion as to whether to rule

nette entre les deux affaires. Dans *Carosella*, les documents détruits étaient pertinents et devaient être divulgués en vertu du critère établi dans *O'Connor*, précité. La conduite du centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle avait fait perdre à l'accusé le droit que lui garantit la *Charte* d'obtenir la production de ces documents. Cette situation constituait une atteinte grave aux droits garantis à l'accusé par la Constitution et, dans les circonstances particulières de cette affaire, l'arrêt des procédures était la seule réparation convenable. Par contre, dans les cas où un élément de preuve est perdu par inadvertance, les mêmes inquiétudes ne se soulèvent pas en ce qui concerne la création de propos délibéré d'obstacles à l'exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs en matière d'admission de la preuve. Comme en témoigne cet extrait du jugement de la majorité dans cette affaire (au par. 56), nous avons expressément distingué ce cas des affaires d'éléments de preuve perdus en général:

Le système de justice fonctionne le mieux et ses décisions inspirent confiance au public lorsque ses mécanismes permettent de rendre disponibles tous les éléments de preuve pertinents qui ne sont pas par ailleurs exclus en raison d'une politique d'intérêt public prépondérante. La confiance dans le système serait minée si l'administration de la justice excusait les comportements visant à contrecarrer les procédures des tribunaux. L'organisme a pris la décision d'entraver le cours de la justice en détruisant systématiquement des éléments de preuve dont la production pourrait être requise en raison des pratiques des tribunaux. Ce n'est pas une décision qui relève de l'organisme. Dans notre système, qui est régi par la primauté du droit, c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider quels sont les éléments de preuve qui doivent être produits ou admis. C'est cet aspect particulier du présent pourvoi qui distingue le présent cas des affaires d'éléments de preuve perdus en général. [Je souligne.]

Le moment de la décision sur la demande d'arrêt des procédures

La réponse à la question de savoir si l'arrêt des procédures est une réparation convenable dépend de l'effet qu'a, sur l'équité du procès, la conduite causant un abus de procédure ou quelque autre préjudice. Souvent, il est préférable de trancher cette question au fur et à mesure du déroulement du pro-

on the application for a stay immediately or after hearing some or all of the evidence. Unless it is clear that no other course of action will cure the prejudice that is occasioned by the conduct giving rise to the abuse, it will usually be preferable to reserve on the application. This will enable the judge to assess the degree of prejudice and as well to determine whether measures to minimize the prejudice have borne fruit. This is the procedure adopted by the Ontario Court of Appeal in the context of lost evidence cases. In *R. v. B. (D.J.)* (1993), 16 C.R.R. (2d) 381, the court said at p. 382:

The measurement of the extent of the prejudice in the circumstances of this case could not be done without hearing all the relevant evidence, the nature of which would make it clear whether the prejudice was real or minimal.

Similarly, in *R. v. Andrew (S.)* (1992), 60 O.A.C. 324, the court found at p. 325 that unless the *Charter* violation “is patent and clear, the preferable course for the court is to proceed with the trial and then assess the issue of the violation in the context of the evidence as it unfolded at trial”. See also: *R. v. François (L.)* (1993), 65 O.A.C. 306; *R. v. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318 (Nfld. S.C.T.D.).

I would add that even if the trial judge rules on the motion at an early stage of the trial and the motion is unsuccessful at that stage, it may be renewed if there is a material change of circumstances. See *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707, and *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660. This would be the case if, subsequent to the unsuccessful application, the accused is able to show a material change in the level of prejudice.

Application to this Case

The question thus arises, was the explanation of the Crown satisfactory? In my view, it was. Although the record is scanty, there is no suggestion that Const. Hollinger was negligent in his handling of the tape recording of the interview with

cès. En conséquence, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de statuer sur la demande d’arrêt des procédures soit sur-le-champ, soit après avoir entendu une partie ou la totalité de la preuve. À moins qu’il ne soit évident qu’aucune autre mesure ne pourra réparer le préjudice causé par la conduite donnant lieu à l’abus, il est généralement préférable de surseoir à statuer sur la demande. Ainsi, le juge sera en mesure d’évaluer l’ampleur du préjudice et de déterminer si les mesures prises pour réduire celui-ci au minimum se sont avérées fructueuses. Il s’agit de la procédure adoptée par la Cour d’appel de l’Ontario dans les affaires d’éléments de preuve perdus. Dans *R. c. B. (D.J.)* (1993), 16 C.R.R. (2d) 381, la cour a dit ceci, à la p. 382:

[TRADUCTION] Il était impossible d’évaluer l’ampleur du préjudice dans les circonstances de l’espèce sans avoir entendu toute la preuve pertinente, preuve dont la nature permettait de démontrer si le préjudice était réel ou minimal.

De même, dans *R. c. Andrew (S.)* (1992), 60 O.A.C. 324, la cour a conclu, à la p. 325, que, sauf si la violation de la *Charte* [TRADUCTION] «est flagrante et manifeste, il est préférable que le procès ait lieu et que la question de la violation soit examinée au fur et à mesure de la présentation de la preuve». Voir également: *R. c. François (L.)* (1993), 65 O.A.C. 306; *R. c. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318 (C.S.T.-N. 1^{re} inst.).

J’ajouterais que, même si le juge du procès rejetait la requête dès le début du procès, une autre requête au même effet pourrait être présentée advenant un changement important de circonstances. Voir *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, et *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660. Il en serait ainsi dans le cas où, après le rejet de sa demande, l’accusé serait en mesure d’établir un changement appréciable de l’ampleur du préjudice.

L’application à la présente affaire

Il faut donc se demander si l’explication du ministère public était satisfaisante. À mon avis, elle l’était. Même si le dossier est mince, rien n’indique que l’agent Hollinger a fait preuve de négligence en ce qui concerne la conservation de l’enre-

28

29

M.F. The conversation was not tape-recorded for the purposes of a criminal investigation, but for the secure treatment application. He did not consider it to be a detailed conversation. Const. Hollinger made the tape before the investigation of the activities of the accused began and did not turn it over to the police officer who investigated the charges in issue. Nor was he involved in that investigation. It appears from the record that Const. Hollinger listened to the tape in preparation for his testimony at the secure treatment application hearing. It follows that he took care to preserve the tape, at least until the hearing. The manner of the tape's subsequent disappearance remains unknown: Const. Hollinger explained that he did not know what had happened to the tape, but that he had searched for it and had been unable to find it. He also testified that he was involved in a fairly stressful and traumatic incident shortly after making the tape, namely, his shooting at a car and the investigation that followed. These factors lead me to the conclusion that Const. Hollinger did not fail to take reasonable steps in the circumstances to preserve the tape.

gistrement sur bande audio de l'entrevue qu'il a eue avec M.F. La conversation n'a pas été enregistrée pour les fins d'une enquête criminelle, mais dans le cadre de la demande d'ordonnance de traitement en milieu fermé. Il ne considérait pas qu'il s'agissait d'une conversation détaillée. L'agent Hollinger a fait l'enregistrement avant le début de l'enquête sur les activités de l'accusé, et il ne l'a pas remis à l'agent qui enquêtait sur les accusations en question. Il n'a pas non plus participé à cette enquête. Il ressort du dossier que l'agent Hollinger a écouté la bande en préparant le témoignage qu'il rendrait à l'audition de la demande d'ordonnance de traitement en milieu fermé. Il s'ensuit qu'il a pris soin de la conserver, du moins jusqu'à la tenue de l'audience. On ignore toujours de quelle manière la bande a disparu par la suite. L'agent Hollinger a expliqué qu'il ne savait pas ce qui était arrivé à la bande, mais qu'il l'avait cherchée sans succès. Il a en outre témoigné avoir vécu une situation passablement stressante et traumatisante peu de temps après avoir fait l'enregistrement, soit le fait d'avoir fait feu en direction d'une automobile et l'enquête qui en a découlé. Ces facteurs m'incitent à conclure que l'agent Hollinger n'a pas omis de prendre des mesures raisonnables dans les circonstances pour conserver la bande.

30 The next question is whether the explanation discloses conduct amounting to an abuse of process. It does not. The trial judge rejected entirely the defence's contention that the conduct of the Crown amounted to an abuse of process, and was not satisfied that any improper motive could be attributed to the Crown or the police. Although the trial judge did not specifically address the issue of negligence, I am satisfied that the tape was lost in circumstances that did not amount to an abuse of process.

Il faut ensuite se demander si l'explication révèle une conduite constituant un abus de procédure. La réponse est non. Le juge du procès a complètement rejeté l'argument de la défense voulant que la conduite du ministère public ait constitué un abus de procédure, et il n'a pas été convaincu qu'un mobile illégitime pouvait être imputé au ministère public ou à la police. Bien que le juge du procès n'ait pas expressément abordé la question de la négligence, je suis convaincu que les circonstances dans lesquelles la bande a été perdue ne constituaient pas un abus de procédure.

31 The appellant argued that his right to make full answer and defence was prejudiced by the loss of the tape on the grounds that the tape would have been useful in cross-examining M.F. In aid of this submission the appellant referred to Const. Hollinger's testimony at the Family Court proceeding that M.F. told "a few lies" during this interview.

L'appellant a soutenu que la perte de la bande a porté atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière, pour le motif qu'elle aurait été utile pour contre-interroger M.F. Au soutien de sa prétention, l'appellant s'est référé au témoignage de l'agent Hollinger qui a dit, devant le tribunal de la famille, que M.F. avait [TRADUCTION] «menti à

As well, the appellant claims, prejudice arises because there are inconsistencies between M.F.'s testimony at the preliminary inquiry and that of other witnesses, and the missing statement was made prior to her later written statement, which was made after she had the opportunity to collaborate with other witnesses.

I find that the appellant has not established that his right to make full answer and defence has been impaired. A number of factors lead to this conclusion. The interview recorded on the tape was not regarded by Const. Hollinger to be a detailed conversation, and he was investigating a runaway teen, not a prostitution ring. M.F. provided four other statements to the police. She testified at the preliminary inquiry. Most importantly, an alternative source of information is available: Const. Hollinger has already testified that M.F. told "a few lies". That in itself is highly useful to the defence in attacking her credibility. Const. Hollinger was cross-examined during a *voir dire* at the trial. He was not asked, however, to elaborate on the lies that M.F. told nor whether there were discrepancies between what was said by M.F. on the tape and the statements which were taken subsequently. Until that evidence is heard it is at least premature to allege that the appellant's rights to full answer and defence are seriously prejudiced. Moreover, adopting an optimistic view as to what the tape would have disclosed, it is difficult for me to accept that even a successful cross-examination would be appreciably more damaging to the credibility of M.F. than the evidence of Const. Hollinger that she told a few lies.

Finally, I do not accept that the tape would be useful in establishing that the complainants collaborated in their more recent statements or would explain or accentuate inconsistencies in their evidence. The fact of the possibility of collaboration and of the inconsistencies is already in the record and can be relied on by the appellant without the

quelques reprises» au cours de l'entrevue avec les policiers. De plus, l'appellant a prétendu subir un préjudice en raison d'incohérences entre le témoignage de M.F. à l'enquête préliminaire et celui donné par d'autres témoins, et du fait que la déclaration perdue de M.F. avait été faite avant sa déclaration écrite, laquelle a été rédigée après qu'elle a eu l'occasion de consulter d'autres témoins.

Je conclus que l'appellant n'a pas établi l'existence d'une atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière. Un certain nombre de facteurs m'amène à cette conclusion. L'agent Hollinger ne considérerait pas que l'entrevue enregistrée sur bande audio était une conversation détaillée. De plus, il enquêtait sur une adolescente en fugue et non sur un réseau de prostitution. M.F. a fait quatre autres déclarations à la police en plus de témoigner à l'enquête préliminaire. Fait plus important encore, il existe une autre source de renseignements: l'agent Hollinger a déjà témoigné que M.F. avait «menti à quelques reprises». Ce fait est en soi extrêmement utile à la défense pour attaquer la crédibilité du témoignage de M.F. L'agent Hollinger a été contre-interrogé à l'occasion d'un voir-dire au procès. On ne lui a cependant pas demandé de précisions sur les mensonges de M.F., ni s'il y avait des incohérences entre les propos de M.F. enregistrés sur la bande et les déclarations obtenues par la suite. Tant que cette preuve n'aura pas été entendue, il est à tout le moins prématuré de prétendre qu'il y a atteinte grave au droit de l'appellant de présenter une défense pleine et entière. Par surcroît, même en adoptant une attitude optimiste quant à ce que la bande aurait révélé, j'ai de la difficulté à imaginer comment un contre-interrogatoire, même fructueux, pourrait miner davantage la crédibilité de M.F. que la déclaration de l'agent Hollinger selon laquelle elle a menti à quelques reprises.

Enfin, je ne puis accepter que la bande serait utile pour établir que les plaignantes se sont consultées avant de faire leurs déclarations plus récentes, ou encore qu'elle expliquerait ou ferait ressortir les incohérences entre leurs déclarations. Le fait qu'il soit possible que les plaignantes se soient consultées et qu'il y ait des incohérences

32

33

tape. The tape might or might not have disclosed discrepancies which tend to support subsequent collaboration or accentuate the inconsistencies. While this level of relevance would be sufficient to meet the test for disclosure as set out in *Stinchcombe* (No. 1), it falls far short of establishing a serious impairment of the right to make full answer and defence. Certainly at this stage of the proceedings it is premature to come to such a conclusion.

34 In accordance with the judgment rendered from the bench at the conclusion of the argument of the appeal, the appeal is dismissed.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

35 L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal addresses the question of how to proceed in instances where the state loses or destroys relevant material in its possession. As such, it raises fundamental *Charter* issues. I have read the reasons of Justice Sopinka and share his conclusion with regard to the disposition of this case. I am unable to agree, however, with the manner in which he characterizes the Crown's duty to disclose as a distinct right of the accused under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. For this reason, I wish to make the following comments.

36 In a nutshell, my position is that the duty to disclose is exactly that: an obligation resting upon the Crown. It does not constitute, and in my view, has never constituted a separate and distinct right operating on its own as a principle of fundamental justice. On the contrary, the disclosure obligation is necessary because generally the "failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence". *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326 ("*Stinchcombe* (No. 1)"), *per* Sopinka J., at p. 336. To establish the very process of disclosure as a distinct constitutional right would be, in my view, a substantial departure from the juris-

entre les déclarations est déjà au dossier et peut être invoqué par l'appelant, même sans la bande. Celle-ci aurait pu ou non révéler des incohérences tendant à établir que les plaignantes se sont consultées ou à faire ressortir les incohérences déjà connues. Bien qu'un tel degré de pertinence permette de satisfaire au critère en matière de divulgation énoncé dans *Stinchcombe* (n° 1), il est loin d'établir l'existence d'une atteinte grave au droit de présenter une défense pleine et entière. Il est certes prématuré de tirer une telle conclusion à ce stade des procédures.

Conformément au jugement rendu à l'audience, au terme des plaidoiries, le présent pourvoi est rejeté.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi a trait à la procédure à suivre dans les affaires où l'État a perdu ou détruit des documents pertinents en sa possession. Il soulève donc des questions fondamentales concernant la *Charte*. J'ai lu les motifs du juge Sopinka et je suis d'accord avec sa conclusion relativement au dispositif du présent pourvoi. Je suis, cependant, incapable de souscrire à la façon dont il caractérise l'obligation de divulgation du ministère public, soit un droit distinct de l'accusé selon l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour cette raison, je tiens à faire les commentaires suivants.

En un mot, ma position est que l'obligation de divulgation est exactement ce que ces mots expriment: une obligation qui incombe au ministère public. Elle n'est pas et, à mon avis, n'a jamais été un droit séparé et distinct constituant, de façon autonome, un principe de justice fondamentale. Au contraire, l'obligation de divulgation est nécessaire parce que, généralement, «la non-divulgation [. . .] empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière». *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 («*Stinchcombe* (n° 1)»), le juge Sopinka, à la p. 336. Ériger le processus même de divulgation en un droit constitutionnel distinct constituerait, à

prudence in this area and would needlessly complicate this area of law.

While this case is primarily concerned with lost evidence which was once in the possession of the Crown, I believe a proper analysis of this issue requires an examination of the relationship of the disclosure duty to s. 7 of the *Charter*.

At the outset, however, I would stress that disclosure, as a process, is a necessary and important feature of the Canadian legal landscape. The decision of this Court in *Stinchcombe (No. 1)* was a desirable evolution in the law, and one which, for the most part, encouraged a fairer system for accused persons. It also inspired a spirit of openness in the law, which I believe has played a large part in advancing the search for the truth in criminal trials.

Nevertheless, I have never thought of *Stinchcombe (No. 1)* as having effected a radical departure from the direction which was being taken in the common law, despite a number of judgments and academic opinions which suggest a contrary opinion. Rather, I agree with Professor Alan N. Young, *Adversarial Justice and the Charter of Rights: Stunting the Growth of the "Living Tree"* (1997), 39 *Crim. L.Q.* 406, at p. 419, that "*Stinchcombe* did not create a new right with respect to disclosure as the common law has always considered full disclosure to be an integral part of the process". See also *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763.

In my view, what *Stinchcombe (No. 1)* truly recognizes is that disclosure is essential to enable the accused to exercise properly his right to make full answer and defence, itself a principle of fundamental justice under s. 7. Additionally, disclosure helps ensure that the accused will have a fair trial, as the possibility of an ambush by the Crown is removed: see for example, *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113. There are a number of other practical advantages to full disclosure, not the least of which is the encouragement of early resolution of criminal

mon avis, une dérogation importante à la jurisprudence en la matière, en plus de compliquer inutilement ce domaine de droit.

Même si la présente affaire porte principalement sur la perte d'éléments de preuve que le ministère public a déjà eus en sa possession, je suis d'avis que pour bien analyser cette question il faut examiner le lien qui existe entre l'obligation de divulgation et l'art. 7 de la *Charte*.

Dès le départ, cependant, je souligne que la divulgation, en tant que processus, est un aspect nécessaire et important du droit canadien. La décision de notre Cour dans *Stinchcombe (n° 1)* a constitué une évolution souhaitable du droit et a favorisé, dans l'ensemble, un système plus équitable envers les accusés. Elle a également insufflé dans le droit un esprit d'ouverture qui, selon moi, continue de contribuer grandement à la recherche de la vérité dans les procès criminels.

Je n'ai jamais, toutefois, considéré que *Stinchcombe (n° 1)* avait entraîné un changement radical de direction de la common law en la matière, et ce malgré un certain nombre de jugements et d'articles de doctrine à l'effet contraire. Je souscris plutôt à l'opinion du professeur Alan N. Young qui, dans *Adversarial Justice and the Charter of Rights: Stunting the Growth of the «Living Tree»* (1997), 39 *Crim. L.Q.* 406, à la p. 419, affirme que [TRADUCTION] «*Stinchcombe* n'a pas créé un droit nouveau en matière de divulgation, puisque la common law a toujours considéré que la divulgation complète faisait partie intégrante du processus». Voir également *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763.

À mon avis, ce que *Stinchcombe (n° 1)* reconnaît véritablement est le fait que la divulgation est essentielle pour permettre à un accusé d'exercer de façon appropriée son droit de présenter une défense pleine et entière, droit qui est lui-même un principe de justice fondamentale reconnu à l'art. 7. De plus, la divulgation contribue à garantir que l'accusé aura un procès équitable, en éliminant la possibilité que le ministère public ne le prenne par surprise: voir, par exemple, *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113. La divulgation de la preuve comporte

37

38

39

40

charges: *Stinchcombe* (No. 1), at p. 334. See also the *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993), under the Chair of G. Arthur Martin. Still, for constitutional purposes, it is crucial to recall that disclosure is no more than a process, albeit an important one, which exists to further the rights of an accused as set out above.

d'autres avantages d'ordre pratique, particulièrement le fait qu'elle favorise le règlement rapide des accusations criminelles: *Stinchcombe* (n° 1), à la p. 334. Voir également le document intitulé *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993), sous la présidence de G. Arthur Martin. Pourtant, sur le plan constitutionnel, il est essentiel de rappeler que la divulgation n'est rien d'autre qu'un processus, par ailleurs important, qui sert les droits de l'accusé énoncés plus haut.

41

I fully acknowledge, however, that the two concepts have often been mistaken for one and the same. On more than one occasion, courts have spoken of the "right to disclosure", instead of whether the failure to disclose affected the "right to make full answer and defence". In my view, while disclosure is a duty which the Crown must adhere to, it does not follow that every failure to disclose will amount to a constitutional violation. As I stated in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 74:

... I am in full agreement with the Court of Appeal that there is no autonomous "right" to disclosure in the *Charter* (at pp. 148-49 C.C.C.):

... the right of an accused to full disclosure by the Crown is an adjunct of the right to make full answer and defence. It is not itself a constitutionally protected right. What this means is that while the Crown has an obligation to disclose, and the accused has a right to all that which the Crown is obligated to disclose, a simple breach of the accused's right to such disclosure does not, in and of itself, constitute a violation of the *Charter* such as to entitle a remedy under s. 24(1). This flows from the fact that the non-disclosure of information which ought to have been disclosed because it was relevant, in the sense there was a *reasonable possibility* it could assist the accused in making full answer and defence, will not amount to a violation of the accused's s. 7 right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice unless the accused establishes that the non-disclosure has probably prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence.

Je reconnais aisément, toutefois, que ces deux concepts ont souvent été confondus. À maintes reprises, les tribunaux ont parlé du «droit à la divulgation», au lieu de se demander si l'omission de divulguer avait porté atteinte au «droit de présenter une défense pleine et entière». À mon avis, bien que la divulgation soit une obligation qui incombe au ministère public, il ne s'ensuit pas que chaque omission de divulguer équivaudra à une violation de la Constitution. Comme je l'ai dit dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au par. 74:

... je suis tout à fait d'accord avec la Cour d'appel que la *Charte* ne comporte aucun «droit» autonome à la divulgation (aux pp. 148 et 149 C.C.C.):

[TRADUCTION] ... le droit de l'accusé à ce que le ministère public lui divulgue tous les détails de la preuve vient s'adjoindre à son droit de présenter une défense pleine et entière. Ce n'est pas en soi un droit protégé sur le plan constitutionnel. Cela signifie que, bien que le ministère public ait l'obligation de divulguer sa preuve et que l'accusé ait droit à tout ce que le ministère public est tenu de divulguer, une simple atteinte au droit de l'accusé à une telle divulgation ne constitue pas en soi une violation de la *Charte* qui donne droit à une réparation en vertu du par. 24(1). Cela résulte du fait que la non-divulgation de renseignements qui auraient dû être divulgués en raison de leur pertinence, en ce sens qu'ils *pouvaient raisonnablement* aider l'accusé à présenter une défense pleine et entière, n'équivaudra pas à une violation du droit que l'art. 7 garantit à l'accusé de n'être privé de sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale à moins que l'accusé n'établisse que la non-divulgation a probablement nui à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité.

It is the distinction between the “reasonable possibility” of impairment of the right to make full answer and defence and the “probable” impairment of that right which marks the difference between a mere breach of the right to relevant disclosure on the one hand and a constitutionally material non-disclosure on the other. (Italics in original; underlining added.)

Where the accused seeks to establish that the non-disclosure by the Crown violates s. 7 of the *Charter*, he or she must establish that the impugned non-disclosure has, on the balance of probabilities, prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence. It goes without saying that such a determination requires reasonable inquiry into the materiality of the non-disclosed information. Where the information is found to be immaterial to the accused’s ability to make full answer and defence, there cannot possibly be a violation of the *Charter* in this respect. I would note, moreover, that inferences or conclusions about the propriety of the Crown’s conduct or intention are not necessarily relevant to whether or not the accused’s right to a fair trial is infringed. The focus must be primarily on the effect of the impugned actions on the fairness of the accused’s trial. [Emphasis in original.]

Contrary to what my colleague has suggested, this position was not invented in *O’Connor*. While my colleague did not address this issue in that case, he has stated here that the right to disclose is, in itself, a right under s. 7 of the *Charter*. Sopinka J. also maintains that the accused’s right to disclosure from the Crown has already been recognized by this Court in the cases of *Stinchcombe (No. 1)* and *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80, as a distinct principle of fundamental justice. I simply do not agree with Justice Sopinka’s interpretation of *Stinchcombe (No. 1)*. With respect to *Carosella*, in that case I was of the view that what was at issue was the destruction of material by a third party; for that reason it was unnecessary for me to even address the relationship between disclosure and the right to make full answer and defence. In my view, a perusal of the case law demonstrates that the position I set out in *O’Connor* is in conformity with established disclosure principles and that it is my colleague who is effecting a radical departure

C’est la distinction entre la «possibilité raisonnable» d’atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière et l’atteinte «probable» à ce droit qui fait la différence entre une simple atteinte au droit à la divulgation des renseignements pertinents d’une part et à la non-divulgation de documents prévue par la Constitution d’autre part. [Italiques dans l’original; je souligne.]

Lorsque l’accusé tente de prouver que la non-divulgation par le ministère public viole l’art. 7 de la *Charte*, il doit prouver que la non-divulgation en cause a, selon la balance des probabilités, nui à la possibilité pour l’accusé de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité. Il va sans dire qu’une telle détermination exige une enquête suffisante sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués. Lorsque les renseignements sont considérés non substantiels quant à la possibilité pour l’accusé de présenter une défense pleine et entière, il ne saurait y avoir violation de la *Charte* à cet égard. Je ferai observer, de plus, que les déductions ou conclusions relatives à l’à-propos de la conduite ou de l’intention du ministère public ne sont pas nécessairement pertinentes lorsqu’il s’agit de savoir s’il y a eu violation ou non du droit de l’accusé à un procès équitable. L’accent doit être mis principalement sur l’effet que les actions contestées auront sur l’équité du procès de l’accusé. [Souligné dans l’original.]

Contrairement à ce que mon collègue suggère, cette position n’a pas été arrêtée pour la première fois dans *O’Connor*. Bien que mon collègue n’ait pas abordé cette question dans cette affaire, il affirme ici que le droit à la divulgation est en soi un droit prévu à l’art. 7 de la *Charte*. Le juge Sopinka soutient également que le droit de l’accusé à la divulgation de la preuve du ministère public a déjà été reconnu par notre Cour, dans les arrêts *Stinchcombe (n° 1)* et *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, comme un principe de justice fondamentale distinct. Je ne suis tout simplement pas d’accord avec l’interprétation que fait le juge Sopinka de l’arrêt *Stinchcombe (n° 1)*. Pour ce qui est de *Carosella*, dans cette affaire, j’étais d’avis que ce qui était en cause c’était la destruction de documents par un tiers; pour cette raison, il était inutile que j’examine même le lien entre la divulgation et le droit de présenter une défense pleine et entière. À mon avis, il ressort d’un examen attentif de la jurisprudence que ma position dans

from the standards established by this Court in *Stinchcombe* (No. 1).

O'Connor est compatible avec les principes reconnus en matière de divulgation et que c'est mon collègue qui s'écarte radicalement des normes établies par notre Cour dans *Stinchcombe* (n° 1).

43

In *Stinchcombe* (No. 1), Sopinka J. on behalf of a unanimous Court outlined a revamped system of disclosure. The precise method chosen for this Crown obligation was based upon a number of legal rationales as well as different policy concerns. The *Charter* was also seen as an important influence, as demonstrated by the following excerpt, at p. 336:

This review of the pros and cons with respect to disclosure by the Crown shows that there is no valid practical reason to support the position of the opponents of a broad duty of disclosure. Apart from the practical advantages to which I have referred, there is the overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence. This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms as one of the principles of fundamental justice. (See *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, at p. 1514.) The right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted. [Emphasis added.]

Dans *Stinchcombe* (n° 1), le juge Sopinka, s'exprimant pour la Cour à l'unanimité, a élaboré un mécanisme de divulgation réorganisé. La méthode particulière choisie pour analyser cette obligation du ministère public est fondée sur un certain nombre de justifications d'ordre juridique et sur différentes considérations de politique judiciaire. L'influence de la *Charte* a également été considérée importante, comme en témoigne le passage suivant, à la p. 336:

Cet examen des arguments militant pour ou contre la communication de la preuve par le ministère public révèle l'absence de toute raison pratique valable de retenir le point de vue des opposants à une obligation générale de divulguer. Outre les avantages d'ordre pratique déjà évoqués, il y a surtout la crainte prépondérante que la non-divulgation n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. (Voir *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, à la p. 1514.) Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables. [Je souligne.]

44

It is worth noting that there was no mention of a "right to disclosure". Rather this excerpt emphasizes that it is the right to make full answer and defence which is the focus under s. 7. Moreover, I believe that later in the judgment Sopinka J. explicitly recognized that there is a major difference between the disclosure obligation and the effect of a Crown failure to disclose. Indeed, as he stated in *Stinchcombe* (No. 1), at p. 348:

What are the legal consequences flowing from the failure to disclose? In my opinion, when a court of appeal is called upon to review a failure to disclose, it must consider whether such failure impaired the right to make full answer and defence. This in turn depends on

Il convient de signaler l'absence de toute mention d'un «droit à la divulgation». Ce passage insiste plutôt sur le fait que c'est le droit de présenter une défense pleine et entière qui est l'objet principal de l'art. 7. En outre, j'estime que plus loin dans le jugement le juge Sopinka a expressément reconnu l'existence d'une différence majeure entre l'obligation de divulgation du ministère public et l'effet du défaut de s'acquitter de cette obligation. De fait, il a déclaré ceci, dans *Stinchcombe* (n° 1), à la p. 348:

Quelles sont les conséquences juridiques de l'omission de divulguer? À mon avis, quand un tribunal d'appel est appelé à examiner une telle omission de divulguer, il doit se demander si l'omission a porté atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière. Or, la

the nature of the information withheld and whether it might have affected the outcome. [Emphasis added.]

This position was also taken by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Douglas* (1991), 5 O.R. (3d) 29, a case decided at virtually the same time as *Stinchcombe (No. 1)*. I would note that an appeal from this decision was unanimously dismissed by this Court ([1993] 1 S.C.R. 893) in which the Chief Justice delivered short reasons which did not disagree in principle with the decision of the Court of Appeal. In *Douglas*, the facts revealed that as of the trial date, disclosure had still not been fully made to the defence. Rather than inquiring into the materiality of the evidence, the trial judge immediately stayed the proceedings. The Court of Appeal reversed the decision, and in doing so made the following comments at p. 30 about the relationship between disclosure and the *Charter*:

An accused has a constitutional right to a fair hearing and to make full answer and defence through the combined operation of ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. There is, however, no common law right or statutory enactment specifically providing an accused with a right of disclosure of the Crown's case. Timely disclosure is thus not a discrete right in the constitutional sense. The failure to make timely disclosure will not, in all cases, constitute a *Charter* violation.

It is now established that, consistent with those principles of fundamental justice underlying s. 7 of the *Charter*, an accused is entitled to such disclosure as is necessary for the accused to make full answer and defence. See *R. v. Wood* (1989), 51 C.C.C. (3d) 201, 33 O.A.C. 260 (C.A.).

There is no doubt that in some circumstances the evidence may establish that non-disclosure or untimely disclosure gives rise to an infringement of an accused's right to a fair trial in that the accused's right to make full answer and defence is compromised. In our view, the trial judge erred in considering, on the meagre evidence before him in this case, that the respondent's s. 7 rights were violated by the Crown's admittedly late disclosure. In the circumstances of this case, the right protected by s. 7 is the respondent's right to make full

réponse tient à la nature des renseignements non divulgués et à la question de savoir s'ils auraient pu influencer sur l'issue du litige. [Je souligne.]

Cette position a également été adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Douglas* (1991), 5 O.R. (3d) 29, arrêt rendu pratiquement en même temps que *Stinchcombe (n° 1)*. Je note qu'un pourvoi contre cette décision a été rejeté par notre Cour ([1993] 1 R.C.S. 893), dans un arrêt unanime où le Juge en chef a rédigé des motifs succincts qui, sur le plan des principes, ne contredisent pas la décision de la Cour d'appel. Dans *Douglas*, les faits révélaient que, le jour même du début du procès, la preuve n'avait toujours pas été divulguée complètement à la défense. Au lieu de faire enquête sur le caractère substantiel de la preuve, le juge du procès a immédiatement ordonné l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a infirmé cette décision et a, à cette occasion, fait les commentaires suivants, à la p. 30, à propos du lien entre la divulgation et la *Charte*:

[TRADUCTION] L'accusé a, par l'effet conjugué de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*, le droit constitutionnel d'obtenir un procès équitable et de présenter une défense pleine et entière. Cependant, aucun droit reconnu par la common law ni aucune disposition législative ne confèrent expressément à l'accusé le droit à la divulgation de la preuve du ministère public. La divulgation en temps opportun n'est donc pas un droit distinct sur le plan constitutionnel. Le défaut de divulguer la preuve en temps opportun ne constituera pas, dans tous les cas, une violation de la *Charte*.

Il est maintenant établi que, conformément aux principes de justice fondamentale qui sous-tendent l'art. 7 de la *Charte*, l'accusé a le droit d'obtenir la communication de tous les éléments de preuve dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière. Voir *R. c. Wood* (1989), 51 C.C.C. (3d) 201, 33 O.A.C. 260 (C.A.).

Il ne fait aucun doute que, dans certaines circonstances, la preuve peut établir que la non-divulgation ou l'absence de divulgation en temps opportun donne lieu à une violation du droit de l'accusé à un procès équitable du fait que cette situation compromet son droit de présenter une défense pleine et entière. À notre avis, le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a conclu, en s'appuyant sur la mince preuve dont il disposait, que les droits garantis à l'intimé par l'art. 7 avaient été violés pour le motif que, de l'aveu même du ministère public,

answer and defence. The trial judge seems to have assumed that the Crown's late disclosure compromised that right. That assumption was not warranted on the evidence. [Emphasis added.]

See also: *R. v. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378 (C.A.), at p. 382; *R. v. Peterson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 64 (Ont. C.A.); *R. v. B. (T.)* (1994), 23 C.R.R. (2d) 355 (B.C.C.A.); *R. v. Richer* (1993), 82 C.C.C. (3d) 385 (Alta. C.A.) aff'd without reference to this point, [1994] 2 S.C.R. 486.

46

Similar reasoning was expressed by this Court in *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469. In that case, the issue was whether a failure to disclose affidavit material used to support a wiretap authorization was in conflict with the principles enunciated in *Stinchcombe (No. 1)*. For a 4-3 majority, Sopinka J. held that in that particular case, the accused's s. 7 right to make full answer and defence had been infringed. Nevertheless, in his analysis, he clearly stated, at pp. 495 and 498, that this right was not automatically engaged where full disclosure was not made:

The *Charter* guarantee of the right to make full answer and defence requires that, as a general rule, all relevant information in the possession of the state be disclosed to an accused. In order to justify non-disclosure the Crown must bring itself within an exception to that general rule: *Stinchcombe*, *supra*, at pp. 340-41; and *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at pp. 466-67.

. . .

In order to conclude that a failure to disclose information to the defence amounts to a denial of the right to make full answer and defence, the court must consider the nature of the information withheld and whether it might have affected the outcome of the case: *Stinchcombe*, *supra*, at p. 348. [Emphasis in the original.]

See also in this regard: *R. v. Jack*, [1994] 2 S.C.R. 310; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at p. 508, *per* Iacobucci J.; *O'Connor*, *supra*, at paras. 221-40, *per* Major J.

la divulgation de la preuve avait été faite tardivement. En l'espèce, le droit protégé par l'art. 7 est le droit de l'intimé de présenter une défense pleine et entière. Il semble que le juge du procès ait présumé que la divulgation tardive de la preuve du ministère public a porté atteinte à ce droit. Or, cette présomption n'était pas justifiée par la preuve. [Je souligne.]

Voir également: *R. c. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378 (C.A.), à la p. 382; *R. c. Peterson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 64 (C.A. Ont.); *R. c. B. (T.)* (1994), 23 C.R.R. (2d) 355 (C.A.C.-B.); *R. c. Richer* (1993), 82 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Alb.), *conf.* par [1994] 2 R.C.S. 486, sans référence à ce point.

Notre Cour a tenu un raisonnement analogue dans *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469. Dans cet arrêt, la question était de savoir si le défaut de communiquer des affidavits étayant une demande d'autorisation d'écoute électronique violait les principes établis dans *Stinchcombe (n° 1)*. Au nom des juges de la majorité (4 contre 3), le juge Sopinka a conclu que, dans cette affaire, le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière prévu à l'art. 7 avait été violé. Néanmoins, dans son analyse, il a clairement dit, aux pp. 495 et 498, que ce droit n'entraînait pas automatiquement en jeu en cas de divulgation incomplète:

Le droit de présenter une défense pleine et entière garanti par la *Charte* exige, de façon générale, que la totalité des renseignements pertinents en la possession de l'État soit divulguée à l'accusé. Pour justifier toute non-divulgation, le ministère public doit invoquer l'application d'une exception à cette règle générale: *Stinchcombe*, *précité*, aux pp. 340 et 341, et *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, aux pp. 466 et 467.

. . .

Pour déterminer si la non-divulgation de renseignements à la défense a porté atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, le tribunal doit examiner la nature des renseignements non divulgués et se demander s'ils auraient pu influencer sur l'issue du litige: *Stinchcombe*, *précité*, à la p. 348. [Souligné dans l'original.]

Voir également à cet égard: *R. c. Jack*, [1994] 2 R.C.S. 310; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la p. 508, le juge Iacobucci; *O'Connor*, *précité*, aux par. 221 à 240, le juge Major.

Shortly thereafter, in *R. v. Khela*, [1995] 4 S.C.R. 201, this Court reflected once again upon the proper analysis in cases of non-disclosure. In that case, the Crown had failed to abide by the terms of an order mandating disclosure of certain pieces of evidence. Nevertheless, Sopinka and Iacobucci JJ., writing joint reasons, declined to find a violation of s. 7. Indeed, they wrote, at para. 18, that “[f]ailure to comply with the obligation to disclose by the Crown could impair the right of the accused to make full answer and defence in breach of s. 7 of the *Charter*” (emphasis added). In my view, this wording is both clear and accurate. It is not in every case of non-disclosure that a violation of the *Charter* will be established.

Indeed, recently in *R. v. Biscette* (1995), 169 A.R. 81 (C.A.), aff’d [1996] 3 S.C.R. 599, this approach was adopted yet again. There, the Crown failed to disclose several pieces of evidence before a preliminary inquiry, although the evidence was turned over at trial. The defence alleged a breach of s. 7 of the *Charter* but despite the admitted lateness of the Crown’s disclosure, Côté J.A., for the majority, was not convinced that a *Charter* breach had, in fact, occurred. He stated at pp. 84-85:

Counsel for the appellant relies upon the defence’s right to get disclosure of information, under the rule in *R. v. Stinchcombe* (#1), [1991] 3 S.C.R. 326. . . . The right may involve both a common law right and a right under s. 7 of the *Charter*. But the remedy flows from a breach of the right to make full answer and defence (p. 348 S.C.R.). So it is a remedy under the *Charter*.

. . .

One needs evidence to show a *Charter* breach. Here, we have little or no evidence (as distinguished from mere assertions). For all we know, late disclosure may have been trivial: see *R. v. Stinchcombe* (#2) (1994), . . .

Peu après, dans *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201, notre Cour s’est penchée une fois de plus sur l’analyse qu’il convenait d’appliquer en cas de non-divulgence. Dans cette affaire, le ministère public ne s’était pas conformé à une ordonnance lui enjoignant de communiquer certains éléments de preuve. Pourtant, les juges Sopinka et Iacobucci ont, dans des motifs conjoints, refusé de conclure que l’art. 7 avait été violé. En effet, ils ont écrit, au par. 18, que «[l’]omission du ministère public de s’acquitter de l’obligation qui lui incombe en matière de communication de la preuve peut violer l’art. 7 de la *Charte* et porter atteinte au droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière» (je souligne). À mon avis, cet énoncé est clair et exact. Ce n’est pas dans tous les cas de non-divulgence qu’une violation de la *Charte* sera établie.

De fait, récemment, dans *R. c. Biscette* (1995), 169 A.R. 81 (C.A.), conf. par [1996] 3 R.C.S. 599, cette approche a une fois de plus été adoptée. Dans cette affaire, le ministère public a omis de divulguer plusieurs éléments de preuve avant la tenue d’une enquête préliminaire, qui furent toutefois communiqués au procès. La défense a prétendu que l’art. 7 de la *Charte* avait été violé, mais, malgré la divulgation tardive de la preuve, situation d’ailleurs admise par le ministère public, le juge Côté a déclaré, au nom des juges de la majorité, qu’il n’était pas convaincu qu’il y avait effectivement eu violation de la *Charte*. Il a dit ceci, aux pp. 84 et 85:

[TRADUCTION] L’avocat de l’appelant se fonde sur le droit de la défense d’obtenir la divulgation de renseignements, conformément à la règle établie dans *R. c. Stinchcombe* (#1), [1991] 3 R.C.S. 326 [. . .] Il se peut que ce droit fasse intervenir à la fois un droit reconnu en common law et un droit prévu à l’art. 7 de la *Charte*. Cependant, la réparation découle d’une violation du droit de présenter une défense pleine et entière (p. 348 R.C.S.). Il s’agit donc d’une réparation prévue par la *Charte*.

. . .

Il faut une preuve pour établir une violation de la *Charte*. En l’espèce, nous disposons de peu d’éléments de preuve, voire d’aucun (par opposition à de simples affirmations). Pour autant que nous sachions, il se peut

88 C.C.C. (3d) 557 (C.A.), 566 [aff'd. [1995] 1 S.C.R. 754.]. [Emphasis added.]

que la communication tardive ait été insignifiante: voir *R. c. Stinchcombe (#2)* (1994), [. . .] 88 C.C.C. (3d) 557 (C.A.), 566 [conf. par [1995] 1 R.C.S. 754]. [Je souligne.]

49 An appeal to this Court was dismissed. For a unanimous Court, I stated, at para. 1, that “[w]ith regard to the issue of the late Crown disclosure, we are not persuaded that there was any prejudice to the appellant’s ability to effect his right to full answer and defence, and would dismiss this ground substantially for the reasons of Côté J.A. in the Court of Appeal”.

Le pourvoi devant notre Cour a été rejeté. Au nom de notre Cour à l’unanimité, j’ai déclaré, au par. 1, que «[q]uant à la question de la communication tardive de la preuve du ministère public, nous ne sommes pas persuadés que l’appelant ait subi un préjudice en ce qui concerne sa capacité d’exercer son droit à une défense pleine et entière et il y a lieu de rejeter ce moyen essentiellement pour les raisons du juge Côté de la Cour d’appel».

50 In my view, a common theme runs through these decisions: while the right to make full answer and defence informs the process of disclosure, for an individual accused to engage the Charter because of a failure to disclose, he or she must establish that the right to make full answer and defence was actually infringed. In other words, the duty to disclose must be kept analytically distinct from an infringement of the right to make full answer and defence.

À mon avis, un thème commun revient dans ces différentes décisions: bien que le droit de présenter une défense pleine et entière anime le processus de divulgation, l’accusé qui réclame la protection de la Charte par suite d’une omission de divulguer doit d’abord établir que son droit de présenter une défense pleine et entière a effectivement été violé. Autrement dit, l’obligation de divulguer doit faire l’objet d’une analyse distincte de la violation du droit de présenter une défense pleine et entière.

51 This theory is also supported by the fact that disclosure is not subject to a fixed set of rules which are the same across the country. On the contrary, as a process, the manner in which disclosure is conducted will vary from province to province and even by region. The key factor is that no matter what process is enacted, it respects the accused’s right to make full answer and defence.

Cette théorie est également étayée par le fait que la divulgation ne fait pas l’objet d’un ensemble de règles définies et uniformes partout au pays. Au contraire, le processus de divulgation varie d’une province à l’autre et même d’une région à l’autre. Le facteur clé est que ce processus — quel que soit celui adopté — respecte le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière.

52 The foregoing should not be taken as suggesting that the sole manner in which the accused can demonstrate a Charter violation in cases of non-disclosure is to establish an impairment of the right to make full answer and defence. On the contrary, as I stated in *O’Connor*, *supra*, at para. 73:

Ce qui précède ne signifie pas que la seule façon dont l’accusé peut démontrer une violation de la Charte en cas de non-divulgation est d’établir l’existence d’une atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière. Au contraire, comme je l’ai dit dans *O’Connor*, précité, au par. 73:

Depending on the circumstances, different Charter guarantees may be engaged. For instance, where the accused claims that the Crown’s conduct has prejudiced his ability to have a trial within a reasonable time, abuses may be best addressed by reference to s. 11(b) of the Charter, to which the jurisprudence of this Court has now established fairly clear guidelines (*Morin*, *supra*). Alternatively, the circumstances may indicate an

Selon les circonstances, différentes garanties en vertu de la Charte pourront entrer en jeu. Par exemple, lorsque l’accusé prétend que la conduite du ministère public l’a empêché d’être jugé dans un délai raisonnable, on peut mieux attaquer ces abus en ayant recours à l’al. 11b) de la Charte, au sujet duquel la jurisprudence de notre Cour a maintenant établi des lignes directrices assez claires (*Morin*, précité). De même, les circonstances peuvent

infringement of the accused's right to a fair trial, embodied in ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In both of these situations, concern for the individual rights of the accused may be accompanied by concerns about the integrity of the judicial system. In addition, there is a residual category of conduct caught by s. 7 of the *Charter*. This residual category does not relate to conduct affecting the fairness of the trial or impairing other procedural rights enumerated in the *Charter*, but instead addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process.

It follows, therefore, that where disclosure is not properly made, even in cases where the accused cannot demonstrate that his or her right to make full answer and defence has been affected, there can be a *Charter* violation if the conduct by the Crown impacts upon the concerns outlined above. One example of this approach can be seen in the joint dissenting opinion of Major and McLachlin JJ. in *R. v. Curragh Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 537. While I disagreed with their conclusion in that case, their approach was the correct one. In determining whether a violation of the *Charter* had occurred, the focus (at para. 121) was whether the conduct of the Crown had "violate[d] the fundamental principles that underlie the community's sense of fair play and decency and constitute[d] an abuse of the court's process".

In summary, I am of the view that disclosure, as a process, engages different aspects of fundamental justice under s. 7. Nevertheless, I do not believe that every error or omission by the Crown in making disclosure leads automatically to a violation of the *Charter*. While to date, my comments have been directed mainly at cases of non- or late disclosure, I believe the analysis is exactly the same in situations where the Crown fails to preserve adequately relevant material. It is to this area which I now turn.

indiquer une violation du droit de l'accusé à un procès équitable, droit prévu à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. Dans ces deux situations, le souci pour les droits individuels de l'accusé peut être accompagné d'un souci pour l'intégrité du système judiciaire. Il existe, en outre, une autre catégorie résiduelle de conduite visée par l'art. 7 de la *Charte*. Cette catégorie résiduelle ne se rapporte pas à une conduite touchant l'équité du procès ou ayant pour effet de porter atteinte à d'autres droits de nature procédurale énumérés dans la *Charte*, mais envisage plutôt l'ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d'une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l'intégrité du processus judiciaire.

Il s'ensuit donc que lorsque la divulgation n'est pas faite convenablement, même dans les cas où l'accusé ne peut démontrer qu'il y a eu atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière, il peut néanmoins y avoir violation de la *Charte* si la conduite du ministère public a un effet sur les questions énumérées plus haut. L'opinion dissidente conjointe exprimée par les juges Major et McLachlin dans *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, est un exemple de cette approche. Bien que je n'aie pas souscrit à leur conclusion dans cette affaire, leur approche était correcte. Pour déterminer s'il y avait eu violation de la *Charte*, ils ont fait porter leur examen principalement sur la question de savoir si la conduite du ministère public avait «viol[é] les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la collectivité, et [...] constitu[ait] un abus des procédures de la cour» (au par. 121).

En résumé, je suis d'avis que la divulgation, en tant que processus, fait intervenir divers aspects des principes de justice fondamentale prévus à l'art. 7. Néanmoins, je ne crois pas que chaque erreur ou omission du ministère public dans la divulgation de la preuve entraîne inévitablement une violation de la *Charte*. Même si, jusqu'à maintenant, mes commentaires ont principalement porté sur des cas de non-divulgation ou de divulgation tardive, j'estime que la même analyse s'applique dans les cas où le ministère public fait défaut de conserver adéquatement des éléments de preuve pertinents. J'aborde maintenant cette question.

53

54

*The Duty to Preserve**L'obligation de conservation*

55 The Crown's duty to preserve evidence is also a necessary element of an accused's right to make full answer and defence, as well as the right to a fair trial. The disclosure duty would have little meaning if the Crown could evade it by destroying or intentionally losing material evidence. In addition, the duty to preserve also engages the fundamental principle that justice must be seen to be done, as well as actually being done. As my colleague points out, in situations where an accused does not suffer any actual harm, there may still be a *Charter* violation if the conduct in failing to preserve evidence "violates the fundamental principles that underlie the community's sense of fair play and decency".

L'obligation qu'a le ministère public de conserver la preuve est également un élément nécessaire du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et de son droit à un procès équitable. L'obligation de divulgation aurait peu de sens si le ministère public pouvait la contourner en détruisant des éléments de preuve substantiels ou en les perdant de façon intentionnelle. En outre, cette obligation fait intervenir le principe fondamental selon lequel non seulement faut-il que justice soit rendue, mais encore faut-il qu'elle soit perçue comme l'ayant été. Comme le souligne mon collègue, même si l'accusé ne subit pas de préjudice réel, il peut, néanmoins, y avoir violation de la *Charte* si la conduite ayant donné lieu au défaut de conserver des éléments de preuve «viole les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la collectivité».

56 Still, the duty to preserve should not be confused with the Crown's duty to disclose. Where, as here, the Crown has turned over all relevant material in its possession to the defence, its duty to disclose is exhausted. As this Court has stated on more than one occasion, "[t]he Crown can only produce what is in its possession or control": *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754 ("*Stinchcombe* (No. 2)"), at p. 755; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at p. 741. As a result, where a loss occurs, I see no value in a further inquiry to see whether the duty to disclose is satisfied.

Il n'en demeure pas moins qu'il ne faut pas confondre l'obligation de conservation du ministère public avec son obligation de divulgation. Le ministère public s'est acquitté de son obligation lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il a communiqué à la défense tous les éléments de preuve pertinents en sa possession. Notre Cour a dit, à plus d'une occasion, que «[l]e ministère public ne peut produire que ce qu'il a en sa possession ou ce dont il a le contrôle»: *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754 ("*Stinchcombe* (n° 2)"), à la p. 755; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, à la p. 741. En conséquence, en cas de perte d'élément de preuve, je ne vois aucun intérêt à poursuivre l'examen pour déterminer si l'obligation de divulguer a été respectée.

57 This does not, however, end the matter. I agree with my colleague that where it becomes known to the Court that relevant material once in the possession of the Crown or the police has become unavailable, the Crown must explain the circumstances which led to its absence. The focus of this explanation, however, will be upon the reasons why this material did not make it into the hands of

Cela ne règle, cependant, pas le cas. Je suis d'accord avec mon collègue que, dans les cas où la cour apprend que des éléments de preuve pertinents que la police ou le ministère public a déjà eu en sa possession ne sont plus disponibles, ce dernier doit expliquer les circonstances ayant entraîné leur absence. Toutefois, ces explications porteront principalement sur les raisons pour lesquelles ces

the defence and whether these reasons disclose that an abuse of process has occurred.

In cases where no abuse of process is demonstrated, that concludes the inquiry into the lack of disclosure. Still, I agree with my colleague that the accused can attempt to demonstrate that there is a real likelihood of prejudice to the trial as a result of the loss: *Carosella*, *supra*, per L'Heureux-Dubé J.

In summary, where evidence is no longer in the possession of the Crown, the analysis is exactly the same as in cases where the Crown possesses the material, yet for a variety of reasons, has not disclosed it. For greater clarity, I believe the principles can be summarized in the following way:

(a) The Crown has a duty to disclose. This duty is a feature of the common law, and also has constitutional underpinnings. As a general rule, the Crown must disclose all relevant and unprivileged material in its possession to the defence. Broad and complete disclosure is the rule, not the exception.

(b) Where the Crown fails to disclose and an accused desires a constitutional remedy, the inquiry must be properly grounded. In that regard, the focus will be twofold:

(1) Did the failure to disclose have an effect upon the accused's right to make full answer and defence?

(2) Did the conduct of the Crown in failing to disclose violate fundamental principles underlying the community's sense of decency and fair play and cause prejudice to the integrity of the judicial system? I would note that a deliberate attempt by the Crown to avoid the rules of disclosure as set out in *Stinchcombe* is a factor to be considered under this heading.

éléments de preuve n'ont pas été remis à la défense, et il conviendra alors de se demander si ces raisons révèlent un abus de procédure.

Dans les cas où aucun abus de procédure n'est établi, cela met fin à l'examen de la question de l'absence de divulgation. Néanmoins, je suis d'accord avec mon collègue que l'accusé peut essayer d'établir qu'il existe une probabilité réelle qu'il subisse un préjudice au procès, par suite de la perte: *Carosella*, précité, le juge L'Heureux-Dubé.

En résumé, lorsque l'élément de preuve n'est plus en la possession du ministère public, l'analyse est exactement la même que dans les cas où c'est ce dernier qui l'a en sa possession, mais que, pour diverses raisons, il ne l'a pas encore communiqué. Par souci de clarté, j'estime que les principes peuvent être résumés de la façon suivante:

a) Le ministère public a l'obligation de divulguer. Cette obligation, qui découle de la common law, a également des assises constitutionnelles. En règle générale, le ministère public doit divulguer à la défense tous les éléments de preuve pertinents et non privilégiés qu'il a en sa possession. La divulgation complète et générale est la règle et non l'exception.

b) Lorsque le ministère public ne divulgue pas sa preuve et que l'accusé désire obtenir une réparation de nature constitutionnelle, l'examen doit reposer sur des fondements appropriés. À cet égard, cet examen comporte deux volets:

1) L'omission de divulguer a-t-elle eu un effet sur le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière?

2) Le ministère public, en omettant de divulguer sa preuve, a-t-il eu une conduite qui a violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence de la société et porté atteinte à l'intégrité du système judiciaire? Je souligne qu'une tentative délibérée du ministère public de contourner les règles de divulgation élaborées dans *Stinchcombe* est un facteur à considérer dans le cadre du présent volet.

58

59

(c) Where either of these effects is demonstrated on a balance of probabilities, a violation of s. 7 will have been demonstrated. The trial judge will then be entitled to fashion a remedy pursuant to s. 24(1). This should be done in accordance with the principles laid out in *O'Connor*, *supra*.

(d) Where, as in the case at bar, the failure to disclose occurred because the evidence in question was lost or destroyed while in the hands of the Crown, the inquiry is generally the same, except that it will be incumbent upon the Crown to explain the absence of the evidence and procedures taken to have it preserved. After this explanation, however, it will be up to the accused to satisfy the trial judge that his or her right to full answer and defence has been impaired, or that an abuse of process has occurred.

c) Lorsque l'un ou l'autre de ces effets est établi par prépondérance des probabilités, la violation de l'art. 7 est démontrée. Le juge du procès peut alors accorder une réparation fondée sur le par. 24(1). Cela devrait être fait en conformité avec les principes énoncés dans *O'Connor*, *précité*.

d) Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'omission de divulguer est survenue par suite de la perte ou de la destruction de l'élément de preuve en cause, pendant qu'il était en la possession du ministère public, l'examen est de façon générale le même, sauf qu'il incombe au ministère public d'expliquer l'absence de la preuve et les procédures appliquées en vue de sa conservation. Une fois cette explication fournie, cependant, l'accusé devra convaincre le juge du procès qu'il y a eu soit atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière soit abus de procédure.

60 As stated above, I believe this approach is consistent with the jurisprudence of this Court as well as established constitutional principles. Moreover, I also believe it has the advantage of being practical and easy to follow. To illustrate, I will contrast it with the approach suggested by Sopinka J.

Comme je l'ai dit précédemment, j'estime que cette approche est compatible avec la jurisprudence de notre Cour et les principes constitutionnels établis. En outre, j'estime également qu'une telle approche a l'avantage d'être pratique et facile à appliquer. Pour illustrer ce point, je vais la comparer à celle proposée par le juge Sopinka.

61 My colleague suggests three areas of inquiry where disclosure is not made, or is no longer possible:

Mon collègue suggère d'examiner trois aspects dans les cas où la divulgation n'a pas été faite ou n'est plus possible:

(1) Whether the loss has impacted upon the accused's right to make full answer and defence;

1) La perte a-t-elle eu un effet sur le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière?

(2) Whether the explanation of the Crown discloses a breach of its disclosure obligations, and hence a violation of s. 7; and

2) L'explication du ministère public révèle-t-elle un manquement à ses obligations en matière de divulgation et, par conséquent, une violation de l'art. 7?

(3) Whether an abuse of process has occurred?

3) Un abus de procédure s'est-il produit?

62 With respect, I see little value in making the inquiry into non-disclosed evidence a three-tiered process, as examining whether the Crown's disclosure obligation has been satisfied in a case where the evidence is no longer available seems rather pointless. Clearly, this is a moot point as the evi-

En toute déférence, je ne vois pas d'intérêt à un examen en trois volets en cas de non-divulgation d'un élément de preuve, car il semble plutôt futile de se demander si le ministère public s'est acquitté de son obligation de divulgation lorsque l'élément en cause n'est plus disponible. De toute évidence,

dence can no longer be disclosed. My colleague seems to accept that the inquiry at this point shifts to an assessment of the state actions which led to the loss of the evidence. In my view, this assessment is best made under what is traditionally known as the abuse of process doctrine. I see no need to separate this under a different heading. As I stated in *O'Connor*, supra, at para. 71, “[w]e should not invite schizophrenia into the law.”

My colleague also suggests that there is a lower threshold for establishing a violation of the “right to disclosure” than there is for demonstrating an abuse of process. In my view, this is an unacceptable development in the law. Our system has always proceeded on the basis that Crown misconduct should be examined at a certain standard. Essentially, my colleague is establishing two abuse of process regimes, one where there is abuse with regard to the disclosure process, and one encompassing all other situations. In my view, Crown misconduct is Crown misconduct. The same standard should be applied in all cases.

I also find it ironic that while my colleague speaks at length of the abuse of process doctrine, I fail to see how such a finding would ever be of any consequence. Clearly, a breach of the “right to disclosure”, and hence a violation of s. 7, would be made out long before an abuse of process.

In my view, the abuse of process doctrine, combined with the right to make full answer and defence, is ideally suited to remedying cases where evidence in the hands of the Crown is destroyed. In this regard, I would note that I do not disagree with many of the criteria suggested by my colleague in his reasons. Clearly, these factors will help indicate whether an abuse has actually occurred. I also agree that “an unacceptable degree of negligent

il s’agit d’une question théorique puisque l’élément de preuve ne peut plus être divulgué. Mon collègue semble accepter qu’à cette étape, l’examen devienne une appréciation des actes de l’État qui ont entraîné la perte de la preuve. À mon avis, la meilleure façon de procéder à cette appréciation est dans le cadre de ce que l’on appelle traditionnellement la doctrine de l’abus de procédure. Je ne vois aucun besoin de les séparer sous une étiquette différente. Comme je l’ai dit dans *O'Connor*, précité, au par. 71, «[n]ous ne devrions pas laisser place à cette dichotomie du droit lorsqu’il n’est pas nécessaire de le faire».

Mon collègue suggère également que la norme applicable pour établir une violation du «droit à la divulgation» est moins exigeante que celle applicable en cas d’abus de procédure. À mon avis, il s’agit d’une évolution inacceptable du droit. Notre système a toujours reposé sur le fondement que la question de la mauvaise conduite du ministère public devrait être examinée en fonction d’une certaine norme. Essentiellement, mon collègue établit deux régimes en matière d’abus de procédure, l’un applicable en cas d’abus dans le processus de divulgation, l’autre visant toutes les autres situations. À mon avis, une mauvaise conduite du ministère public n’est qu’une mauvaise conduite du ministère public. La même norme devrait s’appliquer dans tous les cas.

Je trouve également ironique le fait que mon collègue parle abondamment de la doctrine de l’abus de procédure, car je ne vois pas comment une telle conclusion pourrait avoir une incidence. De toute évidence, une violation du «droit à la divulgation» et, par conséquent, de l’art. 7, serait établie bien avant un abus de procédure.

À mon avis, la doctrine de l’abus de procédure, conjuguée au droit de présenter une défense pleine et entière, convient parfaitement pour accorder une réparation dans les cas où un élément de preuve qui était en la possession du ministère public a été détruit. À cet égard, je tiens à souligner que je ne suis pas en désaccord avec mon collègue relativement à plusieurs des critères qu’il propose dans ses motifs. Manifestement, ces facteurs aideront à

63

64

65

conduct” in handling evidence may amount to a violation of s. 7.

déterminer s’il y a effectivement eu un abus. Je conviens également qu’«un degré inacceptable de négligence» dans la conservation de la preuve peut constituer une violation de l’art. 7.

66

Additionally, the fear that demonstrating an abuse can only take place in the clearest of cases should no longer be countenanced. Clearly, “the clearest of cases” standard now relates solely to the application of the stay of proceedings remedy: see *O’Connor, supra*. Not every action by the Crown must approach this standard to warrant a s. 7 violation; see for example *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, at p. 286, where, although I agreed with the majority that the Crown’s conduct in dis-regarding the plea bargain made with the accused did not amount to one of the “clearest of cases” requiring a stay of proceedings, I would have nonetheless found a violation of the accused’s rights under s. 7 and substituted a conviction for the lesser included offence which was the object of the plea bargain. As Graeme G. Mitchell favourably noted, the decision of this Court in *O’Connor, supra*, “signals a radical change in the concept of what constitutes an abuse of process”: “Abuse of Process and the Crown’s Disclosure Obligation” (1996), 44 C.R. (4th) 130, at p. 136; see also Lee Stuesser, “Abuse of Process: The Need to Reconsider” (1994), 29 C.R. (4th) 92, at p. 103; Ursula Hendel and Peter Sankoff, “R. v. Edwards: When Two Wrongs Might Just Make a Right” (1996), 45 C.R. (4th) 330, at p. 334. It cannot be said, therefore, that a violation of s. 7 based on an abuse of process will be impossible for an accused to establish in an appropriate case.

En outre, la crainte que l’abus ne pourra être établi que dans les cas les plus manifestes ne devrait plus être admise. Clairement, la norme «des cas les plus manifestes» ne concerne plus maintenant que l’application de l’arrêt des procédures: voir *O’Connor*, précité. Il n’est pas nécessaire que chaque mesure prise par le ministère public se rapproche de cette norme pour justifier de conclure à une violation de l’art. 7; voir, par exemple, *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, à la p. 286, où, même si j’étais d’accord avec la majorité que la façon dont le ministère public s’était conduit en ne respectant pas le plaidoyer négocié avec l’accusé n’était pas l’un de ces «cas les plus manifestes» requérant un arrêt des procédures, j’aurais néanmoins conclu à la violation des droits reconnus à l’accusé par l’art. 7 et substitué à la déclaration de culpabilité une déclaration de culpabilité pour l’infraction moindre sur laquelle portait le plaidoyer négocié. Comme Graeme G. Mitchell l’a souligné favorablement, la décision de notre Cour dans *O’Connor*, précité, [TRADUCTION] «annonce un changement radical de la conception de ce qui constitue un abus de procédure»: «Abuse of Process and the Crown’s Disclosure Obligation» (1996), 44 C.R. (4th) 130, à la p. 136; voir également Lee Stuesser, «Abuse of Process: The Need to Reconsider» (1994), 29 C.R. (4th) 92, à la p. 103; Ursula Hendel et Peter Sankoff, «R. v. Edwards: When Two Wrongs Might Just Make a Right» (1996), 45 C.R. (4th) 330, à la p. 334. On ne peut donc pas prétendre qu’il est impossible pour l’accusé, dans un cas approprié, d’établir une violation de l’art. 7 découlant d’un abus de procédure.

67

As is evident, however, I am deeply concerned about lowering the threshold for establishing a s. 7 violation, which I believe is the effect of trenching a general “right to disclosure”. In my view, violations of s. 7 should be addressed with some degree of seriousness. A finding that an accused has been deprived of his or her life, liberty

Comme il ressort clairement de mes motifs, cependant, je suis profondément préoccupée par l’abaissement de la norme applicable pour établir une violation de l’art. 7, abaissement qui, à mon avis, découle de la reconnaissance d’un «droit à la divulgation» à caractère général. À mon avis, les violations de l’art. 7 requièrent un examen sérieux.

and security of the person not in accordance with the principles of fundamental justice should not be made lightly. I believe the regime I have outlined above preserves that notion, and also maintains a powerful tool to curb state misconduct as well as unfair trials.

On a final note, I would merely comment that to the extent that the reasons of my colleague suggest or leave open the possibility that the actions of a third party can, on their own, amount to an abuse of process, I am unable to agree. In this regard, I would refer to my reasons on this point in *Carosella*, *supra*.

I would dispose of the appeal as suggested by Sopinka J.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Batting, Der, Calgary.

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

La conclusion qu'il a été porté atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité d'un accusé sans respecter les principes de justice fondamentale ne devrait pas être tirée à la légère. J'estime que le régime que j'ai décrit plus haut protège cette notion, tout en maintenant un outil puissant pour réfréner la mauvaise conduite de l'État et éviter la tenue de procès inéquitables.

En terminant, j'ajouterais simplement que, dans la mesure où les motifs de mon collègue suggèrent que la conduite d'un tiers peut, en elle-même, constituer un abus de procédure, ou laissent subsister cette possibilité, je ne puis y souscrire. À cet égard, je renvoie aux motifs que j'ai exposés, sur ce point, dans l'arrêt *Carosella*, précité.

Je trancherais le pourvoi de la manière proposée par le juge Sopinka.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant: Batting, Der, Calgary.

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

68

69