

**Alan Gustaf Nygaard Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

and between

**John Alexander Schimmens Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**

INDEXED AS: R. v. NYGAARD

File Nos.: 20491, 20494.

1989: May 26; 1989: November 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Mens rea — First degree murder — Serious bodily harm known to be likely to cause death and reckless as to whether death ensues — Whether or not planning and deliberation required for first degree murder incompatible with mens rea for murder through infliction of serious bodily harm causing death — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 212(a)(ii), 214(2).*

*Evidence — Admissibility — Wiretaps — Cross-examination as to credibility of witness — Witness' statements incompatible with statements in intercepted communication — Criminal Code provisions respecting admissibility not met — Whether or not reversible error made by trial judge — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.16, 613(1)(b)(iii).*

A man was brutally murdered as a result of a petty dispute which arose when a cheque used to pay for a \$100 car stereo bounced. The stereo had been purchased from Nygaard by Meeks and was paid for by a cheque signed by two friends. Nygaard arrived at Meeks' room accompanied by two men. One of the men struck Meeks several times on the forehead with a baseball bat and broke his arm which was raised to protect his face. The man, later identified as Schimmens, then asked who had signed the cheque and proceeded to attack him viciously with the bat. The victim died at hospital of multiple skull fractures. Schimmens and Nygaard were charged with murder under s. 212(a)(ii) of the *Criminal Code*; Schimmens was alleged to have meant to cause bodily

**Alan Gustaf Nygaard Appellant**

c.

**Sa Majesté La Reine Intimée**

a et entre

**John Alexander Schimmens Appellant**

c.

**Sa Majesté La Reine Intimée**

RÉPERTORIÉ: R. c. NYGAARD

N<sup>o</sup>s du greffe: 20491, 20494.

c 1989: 26 mai; 1989: 9 novembre.

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

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

*Droit criminel — Mens rea — Meurtre au premier degré — Lésions corporelles graves qu'on sait être de nature à causer la mort et indifférence que la mort s'ensuive ou non — La prémeditation requise pour un meurtre au premier degré est-elle incompatible avec la mens rea requise pour un meurtre résultant de lésions corporelles graves causant la mort? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 212a)(ii), 214(2).*

*Preuve — Admissibilité — Écoute électronique — Contre-interrogatoire quant à la crédibilité d'un témoin — Déclarations du témoin incompatibles avec les déclarations de la communication interceptée — Non-respect des dispositions du Code criminel concernant l'admissibilité — Le juge du procès a-t-il commis une erreur donnant lieu à révision? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.16, 613(1)(b)(iii).*

Un homme a été tué brutallement par suite d'une h dispute insignifiante parce qu'un chèque utilisé pour payer un autoradio de 100 \$ était sans provision. Meeks avait acheté un autoradio à Nygaard et l'avait payé avec un chèque signé par deux amis. Nygaard est arrivé à la chambre de Meeks en compagnie de deux autres hommes. L'un d'eux a frappé Meeks au front à plusieurs reprises avec un bâton de baseball et lui a cassé le bras avec lequel il tentait de se protéger le visage. L'agresseur, identifié ultérieurement comme étant Schimmens, lui a ensuite demandé qui avait signé le chèque et a commencé à le frapper violemment avec le bâton. La victime est décédée à l'hôpital par suite de fractures multiples du crâne. Schimmens et Nygaard ont été

harm knowing it could likely cause death and was reckless as to whether or not death would ensue and Nygaard was alleged to be a party to the offence. They were convicted of first degree murder pursuant to s. 214(2) which requires that the murder be planned and deliberate.

Nygaard called no evidence. His position was that he was not "a party" to the offence within the meaning of s. 21 of the *Code*. The Crown's case against Schimmens was primarily based on the testimony which identified him. Schimmens' defence was an alibi supported by two witnesses. One of these witnesses gave testimony when confronted with excerpts from intercepted conversations, which conflicted with earlier testimony. The result was that the witness' credibility was seriously damaged and the alibi defence devastated. The Crown successfully argued that the use of the wiretaps related only to the witness' credibility and that Schimmens was never cross-examined with regard to the intercepted conversations. The Court of Appeal found the use of the wiretap evidence to be lawful and upheld appellants' convictions.

Two issues were raised here. First, is the element of planning and deliberation required by s. 214(2) of the *Criminal Code* incompatible with the requisite *mens rea* for s. 212(a)(ii)? Secondly, did the trial judge make a reversible error when he permitted Crown counsel to cross-examine a witness upon statements made by her in an intercepted telephone conversation when the provisions of s. 178.16 of the *Code* had not first been complied with?

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

*Per* Dickson C.J. and Lamer, Wilson, Sopinka and Cory JJ.: Section 214 is purely a classification section for sentencing purposes and does not create a separate substantive offence. The element of planning and deliberation justifies the harsher sentence. The term "planned" means that the scheme was conceived and carefully thought out before it was executed, and "deliberate" means considered, not impulsive.

A first degree murder conviction can be sustained by virtue of the combined operation of s. 214(2) and s. 212(a)(ii). The essential element of s. 212(a)(ii) is the intention to cause bodily harm of such a grave and serious nature that the accused knew that it was likely to result in the death of the victim. The aspect of recklessness

accusés de meurtre en vertu du sous-al. 212a(ii) du *Code criminel*. On a prétendu que Schimmens avait eu l'intention de causer des lésions corporelles sachant qu'elles étaient de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non et que Nygaard était partie à l'infraction. Ils ont été déclarés coupables de meurtre au premier degré conformément au par. 214(2) qui exige que le meurtre soit prémedité.

Nygaard n'a présenté aucune preuve. Il prétend qu'il n'était pas «partie» à l'infraction au sens de l'art. 21 du *Code*. La preuve du ministère public contre Schimmens était essentiellement fondée sur le témoignage au cours duquel on l'a identifié. Schimmens a présenté une défense d'alibi confirmée par deux témoins. L'un de ces témoins, lorsqu'il a été confronté avec des extraits de conversations interceptées, a fait un témoignage qui contredisait son témoignage antérieur. La crédibilité du témoin a donc été sérieusement minée ainsi que la défense d'alibi. Le ministère public a soutenu avec succès que l'utilisation des communications interceptées ne portait que sur la crédibilité du témoin et que Schimmens n'avait jamais été contre-interrogé quant aux conversations interceptées. La Cour d'appel a conclu que l'utilisation de la preuve des communications interceptées était légale et a confirmé les déclarations de culpabilité des appels.

Ce pourvoi soulève deux questions. Premièrement, l'élément de la prémeditation, exigé au par. 214(2) du *Code criminel*, est-il incompatible avec la *mens rea* requise au sous-al. 212a(ii)? Deuxièmement, le juge du procès a-t-il commis une erreur donnant lieu à révision lorsqu'il a permis au ministère public de contre-interroger un témoin sur des déclarations faites au cours d'une conversation téléphonique interceptée, sans d'abord se conformer aux dispositions de l'art. 178.16 du *Code*?

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Les pourvois sont accueillis.

*Le juge en chef* Dickson et les juges Lamer, Wilson, Sopinka et Cory: L'article 214 ne constitue qu'un article de classification aux fins de la détermination de la peine et ne crée pas d'infraction distincte. L'élément de prémeditation justifie une peine plus sévère. «Prémédité» signifie projeté et soigneusement pensé au préalable, ainsi que délibéré, par opposition à impulsif.

Une déclaration de meurtre au premier degré peut être justifiée par l'effet combiné du par. 214(2) et du sous-al. 212a(ii). L'élément essentiel du sous-al. 212a(ii) est l'intention de causer des lésions corporelles d'une nature tellement grave et sérieuse que l'accusé sait qu'elles sont de nature à causer la mort de la victime. En

ness is almost an afterthought in so far as the basic intent is concerned: it is the attitude of one who is aware of the danger the prohibited conduct could bring about and yet persists in that conduct despite the knowledge of the risk. The infliction of terrible bodily harm that will likely result in death can be planned and deliberate; continuing and persisting in that conduct despite the knowledge of the risk must be a part of that planning and deliberation. Nothing is added to the aspect of planning and deliberation by the requirement that the fatal assault be carried out in a reckless manner. The difference in the *mens rea* where the intent was to cause death and where the intent was to cause bodily harm knowing death could ensue was too slight to be taken into account.

The interception of private communications is an offence unless made either with consent of a participant in the conversation or in accordance with the procedure set out in the *Code*. Neither participant here consented to the wiretap, no *voir dire* was held to determine if the interception had been made in accordance with the *Code's* procedures and the defence had not been informed that the evidence would be used. The evidence ostensibly was not being used against an originator (Schimmens) in that it was being used to impeach the credibility of a witness. In fact, however, it was being used against the originator Schimmens to destroy his alibi defence. The Crown was attempting to do indirectly what it could not do directly and to allow such a procedure could result in widespread abuse and a fundamental unfairness to accused persons.

This was not a proper case to invoke the saving provisions of s. 613(1)(b)(iii). The conversations might have been readily admitted if a *voir dire* had been held but it was impossible to determine that in the absence of such a *voir dire*. To assume their admissibility would be to assume without any evidence that the requirements of the *Code* had been complied with.

A new trial was ordered for both Schimmens and Nygaard in order to obviate a situation where Schimmens, the prime mover of the crime, might be found guilty of second degree murder at the second trial while Nygaard, a party to the offence, had been found guilty of first degree murder at the first.

*Per La Forest, Gonthier and McLachlin JJ.:* The reasons of Cory and L'Heureux-Dubé JJ. were agreed with on the first issue.

regard de l'intention fondamentale, l'aspect de l'insouciance constitue presque une pensée après coup: c'est l'attitude de celui qui, conscient du danger que risque d'entraîner sa conduite prohibée, persiste néanmoins dans sa conduite malgré la connaissance du risque. Le fait d'infliger de terribles lésions corporelles qu'on sait être de nature à causer la mort peut être prémedité; l'intention de poursuivre cette conduite et de persister malgré la connaissance du risque doit faire partie de la prémeditation. On n'ajoute rien à l'élément de prémeditation en exigeant que l'agression fatale soit exécutée avec insouciance. La différence dans la *mens rea* lorsque l'intention était de causer la mort et lorsque l'intention était de causer des lésions corporelles qu'on sait être de nature à causer la mort est trop mince pour qu'on en tienne compte.

L'interception de communications privées constitue une infraction à moins qu'elle ne soit faite avec le consentement d'un participant à la communication ou en conformité avec la procédure établie dans le *Code*. En l'espèce, aucun participant n'a consenti à l'interception des communications, aucun *voir-dire* n'a été tenu pour déterminer si l'interception avait été faite en conformité avec la procédure du *Code* et la défense n'a pas été avisée que la preuve serait utilisée. En apparence, la preuve n'était pas utilisée contre son auteur (Schimmens), mais pour attaquer la crédibilité d'un témoin. Dans les faits cependant, la conversation interceptée était utilisée contre son auteur Schimmens pour détruire sa défense d'alibi. Le ministère public tentait de faire indirectement ce qui lui était interdit de faire directement et permettre une telle procédure pourrait entraîner des abus généralisés et constituer une injustice fondamentale envers les accusés.

Il ne s'agit pas d'un cas approprié pour invoquer les dispositions correctrices du sous-al. 613(1)b)(iii). Les conversations auraient pu être immédiatement admises si un *voir-dire* avait été tenu, mais il est impossible de l'affirmer en l'absence de ce *voir-dire*. Présumer leur admissibilité reviendrait à présumer sans preuve que les exigences du *Code* ont été respectées.

Un nouveau procès est ordonné pour Schimmens et Nygaard pour éviter une situation où Schimmens, l'auteur principal du crime, pourrait être déclaré coupable de meurtre au second degré à l'occasion d'un second procès alors que Nygaard, partie au crime, a déjà été déclaré coupable de meurtre au premier degré au premier procès.

*Les juges La Forest, Gonthier et McLachlin souscrivent aux motifs des juges Cory et L'Heureux-Dubé quant à la première question.*

"Admissible as evidence" is a term of art in the law of evidence which designates putting evidence on which the jury can rely in its deliberations into the record. Cross-examination on a prior statement does not make that statement evidence. A statement may become evidence if the person who made it admitted making it and acknowledged that it was true as happened here.

When a witness under cross-examination admits making certain statements, it is that testimony and not the intercepted communication to which the Act is directed that becomes evidence. Section 178.16(1) is confined to the admission in evidence of intercepted private communications in the hands of the Crown. The Crown, however, cannot introduce unlawfully obtained intercepted statements indirectly by questioning witnesses on them. Considerations of fairness suggest that intercepted statements governed by s. 178 of the *Criminal Code* should be treated in the same manner as confessions. The statement is inadmissible until the Crown proves the conditions of its admissibility.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* Section 178.16 is an attempt to strike a delicate balance between the goal of protecting individuals from unwanted electronic surveillance and the desire for effective law enforcement. When the section speaks of the inadmissibility of evidence, these words should not be extended so as to exclude other possible uses of intercepted communications.

Section 178.16 clearly applies only to intercepted communications which the Crown might seek to adduce as evidence. The wording is explicit and precise as the word "evidence" is a term of art in criminal law. Section 178.16 does not therefore encompass the use of intercepted private communications for the sole purpose of testing the credibility of a witness in cross-examination.

## Cases Cited

By Cory J.

**Distinguished:** *Droste v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 208; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; *R. v. Chabot* (1985), 16 C.C.C. (3d) 483; **referred to:** *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *R. v. Widdifield*, Ont. S.C., September 29, 1961, unreported, as excerpted in (1963), 6 Crim. L.Q. 152; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *Charette v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 785; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311.

L'expression «admissible en preuve» est un terme technique du droit de la preuve qui désigne la production d'une preuve au dossier, une preuve sur laquelle le jury peut s'appuyer pour rendre ses conclusions. Le contre-interrogatoire sur une déclaration antérieure ne fait pas de cette déclaration une preuve. Une déclaration peut devenir une preuve si l'auteur admet l'avoir faite et reconnaît qu'elle est exacte, comme cela s'est passé en l'espèce.

*b* Lorsqu'un témoin admet en contre-interrogatoire avoir fait certaines déclarations, c'est ce témoignage, et non la communication interceptée sur laquelle porte la Loi, qui devient une preuve. Le paragraphe 178.16(1) vise uniquement l'admission en preuve des communications privées qui sont en la possession du ministère public. Le ministère public ne peut cependant introduire indirectement des déclarations interceptées illégalement en interrogeant les témoins sur celles-ci. Pour des raisons d'équité, les déclarations interceptées régies par l'art. 178 du *Code criminel* devraient être traitées de la même façon que les confessions. La déclaration est inadmissible jusqu'à ce que le ministère public établisse les conditions de son admissibilité.

*e* *Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente):* L'article 178.16 vise à établir un équilibre délicat entre l'objectif de protection des individus contre l'écoute électronique non voulue et le désir de faire appliquer la loi de façon efficace. Lorsque l'article parle de l'inadmissibilité de la preuve, la portée de ces mots ne devrait pas être étendue pour exclure d'autres usages possibles des communications interceptées.

*g* Il est clair que l'art. 178.16 s'applique seulement aux communications interceptées que le ministère public tente de produire comme preuve. Le texte est explicite et précis car le terme «preuve» est un terme technique du droit criminel. L'article 178.16 n'inclut donc pas l'utilisation de communications privées interceptées dans le seul but de tester la crédibilité d'un témoin en contre-interrogatoire.

## Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Distinction d'avec les arrêts:** *Droste c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 208; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; *i R. v. Chabot* (1985), 16 C.C.C. (3d) 483; **arrêts mentionnés:** *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *R. v. Widdifield*, C.S. Ont., le 29 septembre 1961, inédit, extrait provenant de (1963), 6 Crim. L.Q. 152; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *Charette c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 785; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311.

By McLachlin J.

**Referred to:** *Donnelly v. The King* (1947), 89 C.C.C. 237; *R. v. Lanigan* (1984), 53 N.B.R. (2d) 388; *R. v. Treacy* (1944), 30 Cr. App. R. 93; *Hebert v. The Queen*, [1955] S.C.R. 120; *Lui Mei Lin v. The Queen*, [1989] 1 A.C. 288.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. Welsh* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 11.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21, 178.16,  
 212(a)(i), (ii), (b), (c), 214(2), 613(1)(b)(iii).

#### Authors Cited

Bryant, Alan W. "The Adversary's Witness: Cross-Examination and Proof of Prior Inconsistent Statements" (1984), 62 *Can. Bar Rev.* 43.

May, Richard. *Criminal Evidence*. London: Sweet & Maxwell, 1986.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*. Agincourt, Ont.: Canada Law Book Ltd., 1974.

Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswells, 1979.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 78 A.R. 389, 36 C.C.C. (3d) 199, 59 C.R. (3d) 37, dismissing the appeals from convictions by Chrumka J. sitting with jury. Appeals allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Noel O'Brien, Q.C., for the appellant Alan Gustaf Nygaard.

Alex Pringle, for the appellant John Alexander Schimmens.

Peter Martin, Q.C., and Earl Wilson, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer, Wilson, Sopinka and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—Two issues are raised on these appeals. First, it must be determined whether a first degree murder conviction can be based upon the combined effect of ss. 212(a)(ii) and 214(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. That is

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts mentionnés:** *Donnelly v. The King* (1947), 89 C.C.C. 237; *R. v. Lanigan* (1984), 53 N.B.R. (2d) 388; *R. v. Treacy* (1944), 30 Cr. App. R. 93; *Hebert v. The Queen*, [1955] S.C.R. 120; *Lui Mei Lin v. The Queen*, [1989] 1 A.C. 288.

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

*R. v. Welsh* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363; *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 21, 178.16, 212a)(i), (ii), b), c), 214(2), 613(1)b)(iii).

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, art. 11.

#### Doctrine citée

Bryant, Alan W. «The Adversary's Witness: Cross-Examination and Proof of Prior Inconsistent Statements» (1984), 62 *R. du B. can.* 43.

May, Richard. *Criminal Evidence*. London: Sweet & Maxwell, 1986.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*. Agincourt, Ont.: Canada Law Book Ltd., 1974.

Watt, David. *Law of Electronic Surveillance in Canada*. Toronto: Carswells, 1979.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 78 A.R. 389, 36 C.C.C. (3d) 199, 59 C.R. (3d) 37, qui a rejeté les appels des déclarations de culpabilité prononcées par le juge Chrumka siégeant avec jury. Pourvois accueillis, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Noel O'Brien, c.r., pour l'appelant Alan Gustaf Nygaard.

Alex Pringle, pour l'appelant John Alexander Schimmens.

Peter Martin, c.r., et Earl Wilson, pour l'intimée.

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

LE JUGE CORY—Ces pourvois soulèvent deux questions. Premièrement, il faut décider si une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré peut être fondée sur l'effet combiné du sous-al. 212a)(ii) et du par. 214(2) du *Code crimi-*

to say, is the element of planning and deliberation required by s. 214(2) incompatible with the requisite *mens rea* for s. 212(a)(ii). Secondly, it must be decided whether a reversible error was made by the trial judge when he permitted Crown counsel to cross-examine a witness upon statements made by her in an intercepted telephone conversation with the appellant Schimmens, without first complying with the provisions of s. 178.16 of the *Code*.

### Factual Background

A man was brutally murdered as a result of a petty dispute arising out of the purchase of a \$100 car stereo. Early in October of 1984, John Louis Meeks purchased from the appellant Nygaard, a car stereo for \$100. Payment was made by means of a cheque which had been jointly signed by Anita Linda Tikk and the murdered man, Renne Tex Hammond. Both Anita Tikk and Renne Hammond were present at the time of the purchase of the stereo. The cheque bounced. Around 9 o'clock in the morning of October 12, 1984, Nygaard came to see Meeks where he was living at the West Valley Inn motel about a mile outside the Calgary city limits. Nygaard told him the cheque had bounced. Meeks promised him that he would have the money by that evening. Nygaard stated that if it wasn't cleared up that day, Meeks could expect trouble.

Some time later that day Meeks met with Anita Tikk and Renne Hammond. They rented some video cassettes and took them back to the West Valley Inn to watch them. Just before 6:00 p.m. there was a knock on the door of Meeks' room. It was Nygaard. Meeks testified that he gave him the \$100 in cash. Just then two other men came walking up to the door. They asked: "Are you fucking with the bros?" One of them started to hit Meeks on the forehead with a baseball bat. Meeks was moved backwards into the room and onto the bed and was struck three more times with the bat. At one point he put his arm in front of his face for protection and received another blow from the bat, which broke his arm.

nel, S.R.C. 1970, chap. C-34. En d'autres termes, l'élément de la prémeditation, exigé au par. 214(2), est-il incompatible avec la *mens rea* requise au sous-al. 212a(ii). Deuxièmement, il a faut décider si le juge du procès a commis une erreur donnant lieu à révision lorsqu'il a permis au ministère public de contre-interroger un témoin sur des déclarations faites au cours d'une conversation téléphonique interceptée avec l'appelant Schimmens sans d'abord se conformer aux dispositions de l'art. 178.16 du *Code*.

### Les faits

- c Un homme a été brutallement tué par suite d'une dispute insignifiante au sujet de l'achat d'un autoradio de 100 \$. Au début du mois d'octobre 1984, John Louis Meeks a acheté à l'appelant Nygaard un autoradio pour la somme de 100 \$. Le paiement a été effectué par un chèque signé conjointement par Anita Linda Tikk et la victime, Renne Tex Hammond. Anita Tikk et Renne Hammond étaient présents lors de l'achat de l'autoradio. Le chèque était sans provision. Vers 9 h, le matin du 12 octobre 1984, Nygaard est allé voir Meeks au motel West Valley Inn où celui-ci habitait et qui est situé à environ un mille à l'extérieur des limites de la ville de Calgary. Nygaard lui a dit que le chèque était sans provision. Meeks lui a promis qu'il aurait l'argent le soir même. Nygaard lui a dit que si l'affaire n'était pas réglée au cours de la journée, Meeks pouvait s'attendre à avoir des problèmes.
- d Plus tard le même jour, Meeks a rencontré Anita Tikk et Renne Hammond. Ils ont loué des vidéocassettes et sont allés au West Valley Inn pour les regarder. Juste avant 18 h, on a frappé à la porte de la chambre des Meeks. C'était Nygaard. Meeks a témoigné qu'il lui avait remis 100 \$ en espèces. À ce moment, deux autres hommes se sont présentés à la porte et ont demandé: [TRADUCTION] «Alors on se moque du copain?» L'un deux a commencé à frapper Meeks au front avec un bâton de baseball. Meeks a été entraîné vers l'arrière dans la chambre et sur le lit, et il a été frappé trois autres fois avec le bâton. À un moment donné, il a voulu se protéger en mettant son bras devant son visage et il a reçu un autre coup de bâton qui lui a cassé le bras.

The man wielding the bat kept asking who had signed the cheque. Anita Tikk gave evidence that Meeks told the men that it was Hammond, while Meeks testified that it was Hammond himself who volunteered this information. The man with the bat then started to hit Hammond between the eyes with the bat. He struck him three times, each time with a full two-handed swing, all the while saying such things as: "You don't stiff the club. You don't hurt the club." At this point one of the men, Tikk thought it was Nygaard, Meeks thought it was Schimmens, took money from Tikk's purse and from Hammond. Nygaard then went over to pick up the video cassette recorder but the other man told him to leave it there, that they weren't petty thieves. On the way out the men warned the three people in the room: "If you tell anyone, we'll come back," and "if you tell anyone, you're dead." The man with the bat disconnected the phone by ripping out the cord.

Some 15 or 20 minutes after the men had left Anita Tikk, Meeks and Hammond went to the hospital. Hammond was described as being in a semi-conscious state at this time. He could only walk if supported by someone else. At the hospital, Meeks and Tikk advised the staff that Meeks and Hammond had fallen off a roof. Meeks' broken arm was treated and he was released. Hammond died in the hospital as a result of multiple skull fractures. Tikk went to the police to advise them of the incident the following day and later during the week Meeks did the same thing.

The Crown's case was primarily based on the testimony of Meeks and Anita Tikk. Their evidence was largely consistent but they did differ with regard to the appearance of the man who swung the bat with such devastating results. Both witnesses gave a similar description as to the height and eye colour of the man. Anita Tikk picked out both Nygaard and Schimmens from photograph folders at the police station after the incident. She also picked them out in a line-up the following day. Meeks did not identify Schimmens

L'homme qui le frappait avec le bâton continuait de demander qui avait signé le chèque. Anita Tikk a témoigné que Meeks avait dit aux hommes que c'était Hammond, alors que Meeks a témoigné <sup>a</sup> que c'était Hammond lui-même qui avait révélé ce renseignement. L'homme portant le bâton a alors commencé à frapper Hammond en plein front avec le bâton. Il l'a frappé trois fois, en s'y prenant chaque fois à deux mains, tout en lui disant des choses comme: [TRADUCTION] «Triche pas avec la bande. Touche pas à la bande.» À ce moment, l'un des hommes, Tikk croyait qu'il s'agissait de Nygaard, Meeks croyait qu'il s'agissait de Schimmens, a pris de l'argent à Hammond et dans le sac de Tikk. Nygaard s'est alors avancé pour prendre le magnétoscope mais l'autre homme lui a dit de le laisser là, qu'ils n'étaient pas des petits voleurs. En sortant, les hommes ont averti les trois personnes <sup>c</sup> dans la pièce: [TRADUCTION] «si vous parlez, on revient» et «si vous parlez, vous êtes morts». L'homme qui avait le bâton a débranché le téléphone en arrachant la corde.

<sup>e</sup>

Quelque 15 ou 20 minutes après le départ des hommes, Anita Tikk, Meeks et Hammond se sont rendus à l'hôpital. On a décrit Hammond comme <sup>f</sup> étant alors dans un état semi-conscient. Il ne pouvait marcher que si quelqu'un le soutenait. À l'hôpital, Meeks et Tikk ont dit au personnel que Meeks et Hammond étaient tombés d'un toit. On a soigné le bras cassé de Meeks et on l'a renvoyé <sup>g</sup> chez lui. Hammond est décédé à l'hôpital par suite de fractures multiples du crâne. Le lendemain, Tikk a raconté l'incident aux policiers et, au cours de la même semaine, Meeks a fait de même.

<sup>h</sup>

La preuve du ministère public était essentiellement fondée sur les témoignages de Meeks et d'Anita Tikk. Leurs témoignages concordaient en grande partie mais différaient quant à l'apparence de l'homme qui maniait le bâton et a asséné les coups tragiques. Sa description par les deux témoins était identique quant à sa taille et à la couleur de ses yeux. Anita Tikk a reconnu Nygaard et Schimmens sur les photographies qui lui ont été montrées au poste de police après l'incident. Elle les a également reconnus au cours

from the photograph folders but did pick him out at the line-up.

Nygaard and Schimmens were arrested on October 13 at premises that were shared by Schimmens and his girlfriend Glenda Jordan. A baseball bat with human blood on it was found in the seat of the couch in their suite.

At the trial Nygaard called no evidence. His position was that he was not "a party" to the offence within the meaning of s. 21 of the *Criminal Code*. Schimmens testified at the trial and called two witnesses, Brian Sager and Glenda Jordan. His defence was that of alibi. He said he had driven Jordan to the race-track where she worked and had attended the races with Sager.

During cross-examination Glenda Jordan stated that she never really discussed the case with Schimmens after his arrest despite the fact that she had seen him three or four times a week and talked with him on the phone every day. She specifically denied that Schimmens had asked her to get a transcript of the preliminary hearing, to read it, and then deliver it to Sager. As well she denied ever having read the transcript. Her evidence was that 10 minutes before the second race — which would have been between 5:45 and 5:55 p.m. — she had seen Schimmens at the races. This of course would be the very time when he was alleged to have been at the motel when the fatal injuries were inflicted upon Hammond.

Crown counsel persisted in his questioning of Jordan and read her specific portions of conversations that had taken place between Jordan and Schimmens and Jordan and a third party, James Wolton. Jordan eventually broke down and admitted that she had been lying. She confirmed she had indeed discussed with Schimmens the reading of the preliminary hearing transcripts by herself, Sager and another witness.

At this point an objection was taken by the defence counsel that the Crown was using the conversations in contravention of s. 178.16 of the *Criminal Code*. The objection was overruled.

d'une séance d'identification tenue le lendemain. Meeks n'a pas reconnu Schimmens sur les photographies, mais il l'a identifié au cours de la séance.

<sup>a</sup> Nygaard et Schimmens ont été arrêtés le 13 octobre dans le logement que Schimmens et son amie Glenda Jordan partageaient. On a retrouvé sur le canapé de ce logement un bâton de baseball taché de sang humain.

<sup>b</sup> Au procès, Nygaard n'a présenté aucune preuve. Il prétend qu'il n'était pas «partie» à l'infraction au sens de l'art. 21 du *Code criminel*. Schimmens a témoigné au procès et a appelé deux témoins, Brian Sager et Glenda Jordan. Il a présenté une défense d'alibi. Il a dit qu'il avait conduit Jordan à la piste de courses où elle travaillait et qu'il avait assisté aux courses avec Sager.

<sup>d</sup> Au cours du contre-interrogatoire, Glenda Jordan a affirmé qu'elle n'avait jamais vraiment discuté de l'affaire avec Schimmens après son arrestation bien qu'elle l'ait vu trois ou quatre fois par semaine et lui ait parlé au téléphone tous les jours. Elle a expressément nié que Schimmens lui avait demandé d'obtenir une transcription de l'enquête préliminaire pour la lire et la remettre ensuite à Sager. De plus, elle a affirmé n'avoir jamais lu la transcription. Selon son témoignage, dix minutes avant la deuxième course, qui aurait eu lieu entre 17 h 45 et 17 h 55, elle avait vu Schimmens aux courses. Il s'agit évidemment du moment précis où l'on prétend que Schimmens était au motel et où Hammond a été fatatalement blessé.

<sup>h</sup> L'avocat du ministère public a poursuivi avec insistance son interrogatoire de Jordan et lui a lu des extraits précis de conversations qui avaient eu lieu entre Jordan et Schimmens et entre Jordan et un tiers, James Wolton. Jordan s'est finalement effondrée et a avoué qu'elle avait menti. Elle a reconnu qu'elle avait en effet discuté avec Schimmens de la lecture que Sager, un autre témoin, et elle-même avaient faite des transcriptions de l'enquête préliminaire.

<sup>j</sup> À ce stade, l'avocat de la défense a soulevé une objection selon laquelle le ministère public utilisait des conversations en contravention de l'art. 178.16 du *Code criminel*. L'objection a été rejetée. L'avo-

Crown counsel continued with the cross-examination at which point Jordan admitted that she had read part of the preliminary inquiry transcript and that Sager had read the whole transcript. At the conclusion of her cross-examination she did repeat that Schimmens had been at the race-track at the critical time. The Crown has conceded that the conversations were intercepted and recorded by means of an electronic surveillance but emphasized that Schimmens was never cross-examined with regard to the intercepted conversations.

#### The Courts Below

In his charge to the jury the trial judge made it plain that a conviction for first degree murder could be sustained on the basis of the interaction between s. 214(2) and either ss. 212(a)(i) or 212(a)(ii).

On the issue of the cross-examination's making use of the intercepted conversations the Court of Appeal (1987), 36 C.C.C. (3d) 199, was unanimous in its view that s. 178.16 had no application to the case because the conversations were not being used either against "the originator" Jordan or against James Wolton, whom the court took to be the intended receiver, neither of whom was on trial. The court agreed that the Crown counsel was justified in cross-examining on the intercepted conversations as he was doing no more than interrogating the witness Jordan on her prior inconsistent statement. It determined that since s. 178.16 had no application the trial judge was not obliged to hold a *voir dire* to prove the lawfulness of the interception before the intercepted conversation could be used in cross-examination. The court observed that the jury had been properly instructed as to the limited use which could be made of the statement. That is to say, that it could only be used in assessing the credibility of the witness and that it was not evidence as to the truth of the facts referred to in the statements themselves.

With regard to the verdict, Belzil J.A., for the majority, expressed the view that a conviction of first degree murder could properly result from the

cat du ministère public a poursuivi le contre-interrogatoire jusqu'au moment où Jordan a admis qu'elle avait lu une partie de la transcription de l'enquête préliminaire et que Sager l'avait lue en entier. À la fin de son contre-interrogatoire, elle a répété que Schimmens se trouvait à la piste de courses au moment critique. Le ministère public a reconnu que les conversations avaient été interceptées et enregistrées par surveillance électronique, mais a souligné que Schimmens n'avait jamais été contre-interrogé quant aux conversations interceptées.

#### Les décisions des juridictions inférieures

Dans son exposé au jury, le juge du procès a expliqué clairement qu'une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré pouvait être rendue sur le fondement de l'interaction du par. 214(2) et des sous-al. 212a)(i) ou 212a)(ii).

Sur la question du contre-interrogatoire au cours duquel on a fait usage de conversations interceptées, la Cour d'appel (1987), 36 C.C.C. (3d) 199, à l'unanimité, a conclu que l'art. 178.16 ne s'appliquait pas en l'espèce parce que les conversations n'étaient pas utilisées contre «l'auteur» Jordan ou contre James Wolton qui était, selon la cour, le destinataire présumé, qui ni l'un ni l'autre n'étaient visés par le procès. La cour a reconnu que l'avocat du ministère public était justifié de contre-interroger sur les conversations interceptées puisqu'il ne faisait rien de plus qu'interroger le témoin Jordan sur sa déclaration antérieure contradictoire. La cour a conclu que puisque l'art. 178.16 ne s'appliquait pas, le juge du procès n'était pas obligé de tenir un *voir-dire* pour établir la légalité de l'interception avant que la conversation interceptée puisse être utilisée en contre-interrogatoire. La cour a souligné que le jury avait reçu des directives appropriées quant à l'usage restreint qui pouvait être fait de la déclaration, c'est-à-dire que la déclaration ne pouvait être utilisée que pour évaluer la crédibilité du témoin et qu'elle ne constituait pas une preuve quant à l'exactitude des faits mentionnés dans les déclarations elles-mêmes.

Quant au verdict, le juge Belzil, au nom de la majorité de la Cour d'appel, a exprimé l'avis qu'une déclaration de culpabilité de meurtre au

interaction of s. 212(a)(ii) and s. 214(2). He observed that there are two mental elements included in s. 212(a)(ii), namely the intent to cause bodily harm which one knows is likely to cause death, and recklessness as to whether death ensues. He was of the opinion that recklessness as to the consequences was not part of the intention but was an alternative to the intention to kill. He stated that the planning and deliberation required by s. 214(2) of the *Criminal Code* referred only to the intentional portion of the *mens rea* requirement. He concluded that it is only the intent to cause bodily harm which one knows is likely to result in death which must be premeditated pursuant to s. 214(2) and not the recklessness referred to in s. 212(a)(ii). Thus if a jury were satisfied beyond a reasonable doubt that the intent to cause bodily harm which the accused knew was likely to cause death was planned and deliberate and the planned act was then recklessly carried out, a first degree murder conviction could properly result.

Stevenson J.A. dissented on this point. He agreed with the majority that there are two mental elements required by s. 212(a)(ii), namely the intent to cause bodily harm that the accused knew was likely to cause death, and recklessness as to the consequences, but in his opinion s. 214(2) could not be brought into play. He expressed the view that planning and deliberation could not be applicable to the requisite mental element for recklessness. He concluded that if the planning and deliberation could not apply to all of the mental elements set forth in s. 212(a)(ii), there could be no possibility of a first degree murder conviction by means of s. 214(2). He therefore would have substituted convictions for second degree murder.

#### The First Degree Murder Issue

It may be helpful to set forth at the outset the applicable sections of the *Criminal Code*:

**212. Culpable homicide is murder**

(a) where the person who causes the death of a human being

(i) means to cause his death, or

premier degré pouvait découler à juste titre de l'interaction du sous-al. 212a)(ii) et du par. 214(2). Il a souligné que le sous-al. 212a)(ii) comporte deux éléments moraux, c'est-à-dire l'intention de causer des lésions corporelles qu'on sait être de nature à causer la mort, et l'indifférence que la mort s'ensuive ou non. Selon lui, l'indifférence quant aux conséquences ne faisait pas partie de l'intention mais pouvait remplacer l'intention de tuer. Il a affirmé que la prémeditation prévue au par. 214(2) du *Code criminel* ne portait que sur la part intentionnelle de la *mens rea* requise. Il a conclu que c'est seulement l'intention de causer des lésions corporelles qu'on sait être de nature à causer la mort qui doit être prémeditée sous le régime du par. 214(2) et non l'indifférence mentionnée au sous-al. 212a)(ii). Par conséquent, si un jury était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'intention de causer des lésions corporelles que l'accusé savait être de nature à causer la mort était prémeditée et que l'acte projeté avait été exécuté avec indifférence, on pouvait à juste titre prononcer une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré.

Le juge Stevenson était dissident sur ce point. Il a convenu avec la majorité que le sous-al. 212a)(ii) comportait deux éléments moraux, c'est-à-dire l'intention de causer des lésions corporelles que l'accusé savait être de nature à causer la mort, et l'indifférence quant aux conséquences, mais à son avis, le par. 214(2) ne pouvait entrer en ligne de compte. Selon lui, la prémeditation ne pouvait s'appliquer à l'élément mental requis pour conclure à l'indifférence. Il a conclu que si la prémeditation ne pouvait s'appliquer à tous les éléments moraux énoncés au sous-al. 212a)(ii), il n'était pas possible de déclarer l'accusé coupable de meurtre au premier degré en vertu du par. 214(2). Il aurait donc prononcé des déclarations de culpabilité de meurtre au deuxième degré.

*i* **La question du meurtre au premier degré**

Il peut être utile de citer maintenant les dispositions applicables du *Code criminel*:

**212. L'homicide coupable est un meurtre**

*j* **a) lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain**

**(i) a l'intention de causer sa mort, ou**

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

**214. . .**

(2) Murder is first degree murder when it is planned and deliberate.

It must be noted that this Court has stated on more than one occasion that s. 214 is purely a classification section and it does not create a separate substantive offence. See *R. v. Farrant*, [1983] 1 S.C.R. 124; *Droste v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 208. The designation of murder as being of the first or second degree is for purposes of sentencing only.

What then is the meaning of planned and deliberate and can that classification be applied to the requisite intents set forth in s. 212(a)(ii)? It has been held that "planned" means that the scheme was conceived and carefully thought out before it was carried out and "deliberate" means considered, not impulsive. A classic instruction to a jury as to the meaning of "planned and deliberate" was given by Gale J., as he then was, in *R. v. Widdifield*, Ont. S.C., September 29, 1961, unreported, as excerpted in (1963), 6 *Crim. L.Q.* 152, at p. 153:

I think that in the Code "planned" is to be assigned, I think, its natural meaning of a calculated scheme or design which has been carefully thought out, and the nature and consequences of which have been considered and weighed. But that does not mean, of course, to say that the plan need be a complicated one. It may be a very simple one, and the simpler it is perhaps the easier it is to formulate.

The important element, it seems to me, so far as time is concerned, is the time involved in developing the plan, not the time between the development of the plan and the doing of the act. One can carefully prepare a plan and immediately it is prepared set out to do the planned act, or, alternatively, you can wait an appreciable time to do it once it has been formed.

As far as the word "deliberate" is concerned, I think that the Code means that it should also carry its natural meaning of "considered," "not impulsive," "slow in deciding," "cautious," implying that the accused must take time to weigh the advantages and disadvantages of his intended action.

(ii) a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

**214. . .**

a (2) Le meurtre au premier degré est le meurtre commis avec prémeditation.

Il faut souligner que cette Cour a affirmé à plusieurs reprises que l'art. 214 ne constitue qu'un article de classification et qu'il ne crée pas d'infraction distincte. Voir les arrêts *R. c. Farrant*, [1983] 1 R.C.S. 124; *Droste c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 208. La qualification de meurtre au premier ou au deuxième degré n'est utile que pour les fins de la détermination de la peine.

Que faut-il alors entendre par prémeditation et peut-on appliquer cette classification aux intentions requises prévues au sous-al. 212a(ii)? Les tribunaux ont conclu que le terme «prémedité» signifie projeté et soigneusement pensé au préalable («*planned*») ainsi que délibéré, par opposition à impulsif («*deliberate*»). Les directives que le juge

e Gale (tel était alors son titre) a données au jury quant à la signification des termes «*planned and deliberate*» («avec prémeditation») dans l'arrêt *R. v. Widdifield*, C.S. Ont., le 29 septembre 1961, inédit, extrait provenant de (1963), 6 *Crim. L.Q.* 152, à la p. 153, sont classiques:

[TRADUCTION] Je pense que dans le Code, il faut donner au terme «*planned*» son sens ordinaire de plan calculé ou dessein soigneusement pensé et dont la nature et les conséquences ont été examinées et soupesées. Mais cela ne veut évidemment pas dire que le plan doit être complexe. Il peut être très simple et, plus il est simple, plus il doit être facile de le formuler.

h Il me semble que l'élément important, en ce qui concerne le temps, est le temps qu'il a fallu pour mettre le plan au point et non le temps entre la mise au point du plan et l'exécution. On peut soigneusement préparer un plan et dès la préparation terminée exécuter l'acte prévu ou laisser s'écouler un délai appréciable avant de mettre le plan à exécution.

i En ce qui concerne le terme «*deliberate*», je pense que le Code veut dire qu'on devrait également lui donner son sens ordinaire de «projeté», «non impulsif», «réfléchi», «prudent», signifiant que l'accusé doit prendre du temps pour évaluer les avantages et les inconvénients de l'action envisagée.

Appellants' Positions

The appellants contended that the element of planning and deliberation cannot be applied to the *mens rea* required by s. 212(a)(ii). In support of this position the case of *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, was cited.

In *R. v. Ancio* this Court considered the requisite mental elements of the offence of attempted murder. It is true that in the course of his reasons given on behalf of the Court, McIntyre J. wrote at pp. 248-49:

The completed offence of murder involves a killing. The intention to commit the complete offence of murder must therefore include an intention to kill. I find it impossible to conclude that a person may intend to commit the unintentional killings described in ss. 212 and 213 of the *Code*. I am then of the view that the *mens rea* for an attempted murder cannot be less than the specific intent to kill.

However he emphasized that the reasons related only to the crime of attempted murder which is historically and conceptually distinct from that of murder. At page 240 McIntyre J. stated:

A great deal of the confusion surrounding the nature of the intent required to found a conviction for attempted murder may well stem from an assumption that murder and attempted murder are related offences which must share the same mental elements. A brief review of the historical development of the law relating to the two offences demonstrates that the crime of attempt developed as a separate and distinct offence from the offence of murder.

He concluded at pp. 250-51 that:

It was argued, and it has been suggested in some of the cases and academic writings on the question, that it is illogical to insist upon a higher degree of *mens rea* for attempted murder, while accepting a lower degree amounting to recklessness for murder. I see no merit in this argument. The intent to kill is the highest intent in murder and there is no reason in logic why an attempt to murder, aimed at the completion of the full crime of murder, should have any lesser intent. If there is any illogic in this matter, it is in the statutory characterization of unintentional killing as murder. The *mens rea* for attempted murder is, in my view, the specific intent to kill.

La thèse des appelants

*a* Les appelants ont prétendu que l'élément de prémeditation ne peut être appliqué à la *mens rea* requise au sous-al. 212a(ii). À l'appui de leur thèse, ils ont cité l'arrêt *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225.

Dans l'arrêt *R. c. Ancio*, notre Cour a examiné les éléments moraux requis dans le cas de l'infraction de tentative de meurtre. Il est vrai le juge McIntyre, au nom de la Cour, a écrit, aux pp. 248 et 249:

*c* Pour qu'il y ait infraction complète de meurtre, il doit y avoir homicide. L'intention de commettre l'infraction complète de meurtre doit par conséquent comprendre l'intention de tuer. Il m'est impossible de conclure qu'une personne peut avoir l'intention de commettre les homicides involontaires décrits aux art. 212 et 213 du *Code*. J'estime donc que la *mens rea* de la tentative de meurtre ne peut être rien de moins que l'intention spécifique de tuer.

*e* Cependant, il a souligné que les motifs ne concernaient que le crime de tentative de meurtre qui, historiquement et conceptuellement, est distinct de celui de meurtre. Le juge McIntyre a affirmé, à la p. 240:

*f* Il se peut bien que la confusion entourant la nature de l'intention requise pour justifier une déclaration de culpabilité de tentative de meurtre provienne en grande partie de l'hypothèse selon laquelle le meurtre et la tentative de meurtre sont des infractions connexes qui doivent comporter les mêmes éléments moraux. Un bref examen de l'évolution historique du droit applicable aux deux infractions révèle que le crime de tentative a évolué *g* comme une infraction distincte du meurtre.

Il a conclu, aux pp. 250 et 251:

*h* On a prétendu, et on a laissé entendre dans certains arrêts et ouvrages sur la question, qu'il est illogique d'exiger une *mens rea* d'un degré plus élevé dans le cas d'une tentative de meurtre alors qu'on accepte une *mens rea* d'un degré moindre équivalant à l'insouciance dans le cas d'un meurtre. À mon avis, cet argument n'est pas fondé. L'intention de tuer est l'intention la plus grave en matière de meurtre et il n'y a aucune raison logique pour laquelle une tentative de meurtre, qui vise la réalisation du crime complet de meurtre, devrait comporter une intention moindre. Tout illogisme dans la présente affaire réside dans le fait que le *Code* qualifie de meurtre l'homicide involontaire. À mon avis, la *mens rea* applicable à la tentative de meurtre est l'intention spécifique de tuer.

It is thus clear that the reasons refer only to the offence of attempted murder and the principles set forth are not automatically applicable to the case at bar.

Nor do I think that the case of *R. v. Chabot* (1985), 16 C.C.C. (3d) 483, relied upon by the appellants is of assistance. In *R. v. Chabot* the Ontario Court of Appeal concluded that s. 214(2) could not operate in conjunction with s. 212(c). That section provides as follows:

**212. Culpable homicide is murder**

(c) where a person, for an unlawful object, does anything that he knows or ought to know is likely to cause death, and thereby causes death to a human being, notwithstanding that he desires to effect his object without causing death or bodily harm to any human being.

The Court of Appeal reasoned, I think correctly, that in s. 212(c) murder might be committed although there could be no intention on the part of the accused to kill. Indeed, in that section the accused might well have desired to gain his ends without causing death. Thus it was held that there could not be planning and deliberation of a killing that might well have been unintended. The reasoning cannot be applied to the case at bar though as the requisite intent specified in s. 212(a)(ii) is very different from that of s. 212(c).

Authority Relied upon by the Respondent

Nor do I think that *Droste v. The Queen, supra*, relied upon by the respondent is dispositive of the issue. In the *Droste* case there could be no doubt that the accused had planned to kill his wife and, while carrying out his design, had killed instead his two unfortunate young children. His conviction was based on s. 212(b) which reads:

**212. Culpable homicide is murder**

(b) where a person, meaning to cause death to a human being or meaning to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and being reckless whether death ensues or not, by accident or mistake causes death to another human being, not-

Il est donc clair que les motifs ne concernent que l'infraction de tentative de meurtre et que les principes établis ne s'appliquent pas automatiquement en l'espèce.

Je ne crois pas non plus que l'arrêt invoqué par les appellants *R. v. Chabot* (1985), 16 C.C.C. (3d) 483, puisse leur être de quelque assistance. Dans l'arrêt *R. c. Chabot*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le par. 214(2) ne pouvait s'appliquer conjointement avec l'al. 212c), qui prévoit:

**c 212. L'homicide coupable est un meurtre**

c) lorsqu'une personne, pour une fin illégale, fait quelque chose qu'elle sait, ou devrait savoir, de nature à causer la mort et, conséquemment, cause la mort d'un être humain, même si elle désire atteindre son but sans causer la mort ou une lésion corporelle à qui que ce soit.

Je pense que la Cour d'appel a correctement expliqué que, selon l'al. 212c), un meurtre peut être commis même si l'accusé n'avait aucune intention de tuer. En fait, selon cet alinéa, l'accusé peut avoir eu l'intention de parvenir à ses fins sans causer la mort. Par conséquent, on a décidé qu'il ne peut y avoir prémeditation d'un meurtre qui peut ne pas avoir été intentionnel. Ce raisonnement ne peut cependant s'appliquer en l'espèce puisque l'intention requise prévue au sous-al. 212a)(ii) est bien différente de celle de l'al. 212c).

g La jurisprudence invoquée par l'intimée

Je ne crois pas non plus que l'arrêt *Droste c. La Reine*, précité, invoqué par l'intimée permette de trancher le litige. Dans l'affaire *Droste*, on ne pouvait douter que l'accusé avait projeté de tuer son épouse et qu'en exécutant son projet il a tué à sa place ses deux malheureux jeunes enfants. Sa déclaration de culpabilité était fondée sur l'al. 212b) qui se lit ainsi:

**i 212. L'homicide coupable est un meurtre**

b) lorsqu'une personne, ayant l'intention de causer la mort d'un être humain ou ayant l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait de nature à causer sa mort, et ne se souciant pas que la mort en résulte ou non, par accident ou erreur cause la mort

withstanding that he does not mean to cause death or bodily harm to that human being; . . .

The decision centred on the requirements of a different section than those of the case at bar. In *Droste v. The Queen*, the issue was whether the planning and deliberation to kill A which resulted in the killing of B should be classified as murder in the first degree. It was found that the requirement of planning and deliberation was a requirement that related to the intention to take a human life and not to the identity of the victim. On the facts of that case there could be no doubt that Droste meant to cause death to a human being and planned and deliberated the death of a human being. In the result, Dickson J. (as he then was) writing on behalf of the Court concluded that s. 214(2) could operate in conjunction with s. 212(b) to sustain a first degree murder conviction. However, that decision centred on requirements of a section of the *Code* that are different from s. 212(a)(ii). The *Droste* decision cannot be determinative of the issue in the case at bar.

#### Can Section 212(a)(ii) be Combined with s. 214(2) to Result in a Conviction for First Degree Murder?

Throughout history the idea that one human being could cold bloodedly plan and deliberate upon the killing of another has been repugnant to all civilized societies and has tended to be considered as the most reprehensible of violent crimes. In *Droste v. The Queen, supra*, Dickson C.J. noted that it is the element of planning and deliberation of the murder which makes the crime of murder in the first degree more culpable and justifies the harsher sentence.

It remains then to consider what is the specific *mens rea* required by s. 212(a)(ii) to which the element of planning and deliberation must be related. The section requires that the Crown prove that the accused meant to cause the victim such bodily harm that he knew that it was likely to cause the death of the victim and was reckless whether death ensued or not as a result of causing that bodily harm. The essential element is that of intending to cause bodily harm of such a grave and serious nature that the accused knew that it was

d'un autre être humain, même si elle n'a pas l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles à cet être humain; . . .

La décision reposait sur les exigences d'une disposition différente de celle qui nous concerne en l'espèce. Dans l'arrêt *Droste c. La Reine*, la question était de savoir si la prémeditation de tuer A, qui a abouti à la mort de B, constituait un meurtre au premier degré. On a conclu que l'exigence de la prémeditation était une exigence relative à l'intention de tuer quelqu'un et non à l'identité de la victime. Compte tenu des faits de cette affaire, il n'y avait pas de doute que Droste avait l'intention de causer la mort d'un être humain et qu'il avait prémedité la mort d'un être humain. En définitive, le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a conclu au nom de la Cour que le par. 214(2) pouvait s'appliquer conjointement avec l'al. 212b) pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré. Cet arrêt portait cependant sur les exigences d'une disposition du *Code* qui sont différentes de celles du sous-al. 212a)(ii). L'arrêt *Droste* ne peut être concluant quant au présent litige.

Le sous-alinéa 212a)(ii) peut-il être joint au par. 214(2) pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré?

L'histoire montre que les pays civilisés ont toujours considéré intolérable l'idée qu'un être humain puisse de sang froid prémediter la mort d'un autre être humain et qu'ils ont eu tendance à considérer cet acte comme le plus répréhensible des crimes violents. Dans l'arrêt *Droste c. La Reine*, précité, le juge en chef Dickson a souligné que c'est l'élément de prémeditation du meurtre qui rend le crime de meurtre au premier degré plus coupable et justifie une peine plus sévère.

Il reste encore à examiner quelle est la *mens rea* spécifique requise par le sous-al. 212a)(ii) et à laquelle doit se rapporter l'élément de prémeditation. Cet article exige que le ministère public prouve que l'accusé avait l'intention de causer à la victime des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. L'élément essentiel est celui de l'intention de causer des lésions corporelles tellement graves que l'accusé savait qu'elles étaient de nature à causer la mort de la victime.

likely to result in the death of the victim. The aspect of recklessness is almost an afterthought in so far as the basic intent is concerned.

In *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, recklessness was defined as being the attitude of one who was aware of the danger the prohibited conduct could bring about yet nevertheless persisted in that conduct despite the knowledge of the risk. Thus the section requires the accused to intend to cause the gravest of bodily harm that is so dangerous and serious that he knows it is likely to result in death and to persist in that conduct despite the knowledge of the risk.

In my view, the vital element of the requisite intent is that of causing such bodily harm that the perpetrator knows that it is likely to cause death and yet persists in the assault. There can be no doubt that a person can plan and deliberate to cause terrible bodily harm that he knows is likely to result in death. Nothing is added to the aspect of planning and deliberation by the requirement that the fatal assault be carried out in a reckless manner, that is to say by heedlessly proceeding with the deadly assault in the face of the knowledge of the obvious risks. The planning and deliberation to cause the bodily harm which is likely to be fatal must of necessity include the planning and deliberating to continue and to persist in that conduct despite the knowledge of the risk. The element of recklessness does not exist in a vacuum as a sole *mens rea* requirement, but rather it must act in conjunction with the intentional infliction of terrible bodily harm. I therefore conclude that planning and deliberation may well be coupled with the *mens rea* requirement of s. 212(a)(ii) and that a first degree murder conviction can be sustained by virtue of the combined operation of s. 214(2) and s. 212(a)(ii). This ground of appeal must therefore fail.

As well, the appellant argued it was wrong to label an offence under s. 212(a)(ii) as murder. It was said that the requisite *mens rea* is such that it is not as grave a crime as that defined in s. 212(a)(i) where the requisite intent is to cause the death of someone. I cannot accept that contention. The variation in the degree of culpability is too

En regard de l'intention fondamentale, l'aspect de l'insouciance constitue presque une pensée après coup.

Dans l'arrêt *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, on a défini l'insouciance comme l'attitude de celui qui, conscient du danger que risque d'entraîner sa conduite prohibée, persiste néanmoins dans sa conduite malgré la connaissance du risque. Par conséquent, l'article exige que l'accusé ait l'intention de causer les lésions corporelles les plus graves, tellement dangereuses et sérieuses qu'il sait qu'elles risquent de causer la mort, et qu'il persiste dans cette conduite, malgré la connaissance du risque.

À mon avis, l'élément crucial de l'intention requise est l'intention de causer des lésions corporelles que l'auteur sait être de nature à causer la mort et de persister néanmoins dans l'agression. Nul doute qu'une personne peut prémediter de causer de terribles lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer la mort. On n'ajoute rien à l'élément de préméditation en exigeant que l'agression fatale soit exécutée avec insouciance, c'est-à-dire en se livrant à l'agression mortelle avec insouciance tout en connaissant les risques. L'intention prémeditée de causer des lésions corporelles qui seront probablement fatales comprend forcément l'intention prémeditée de poursuivre cette conduite et de persister malgré la connaissance du risque. L'élément d'insouciance n'existe pas en l'absence de contexte comme une exigence distincte de *mens rea*, mais doit plutôt intervenir conjointement avec l'intention d'infliger de très graves lésions corporelles. Je suis donc d'avis de conclure que la préméditation peut fort bien être jointe à la *mens rea* requise au sous-al. 212a)(ii), et qu'une déclaration de meurtre au premier degré peut être justifiée par l'effet combiné du par. 214(2) et du sous-al. 212a)(ii). Ce moyen d'appel est donc rejeté.

En outre, les appellants ont soutenu qu'il était erroné de qualifier de meurtre une infraction visée au sous-al. 212a)(ii). On a affirmé que la *mens rea* requise dans ce cas n'en fait pas un crime aussi grave que celui prévu au sous-al. 212a)(i) où l'intention requise est de causer la mort de quelqu'un. Je ne peux accepter cette prétention. La

slight to take into account. Let us consider the gravity of the crime described by s. 212(a)(ii) in the light of three examples which, pursuant to the section, would be murder. First an accused forms the intent to inflict multiple stab wounds in the abdomen and chest of a person knowing that the wounds are likely to kill the victim and, heedless of the known probable result, proceeds with the stabbing. Second, an accused forms the intent to shoot a former associate in the chest knowing that death is likely to ensue and, uncaring of the result, shoots the victim in the chest. Third, two accused form the intent to repeatedly and viciously strike a person in the head with a baseball bat realizing full well that the victim will probably die as a result. Nonetheless they continue with the bone-splittering, skull-shattering assault. The accused in all these examples must have committed as grave a crime as the accused who specifically intends to kill. Society would, I think, find the drawing of any differentiation in the degree of culpability an exercise in futility. The difference in the calibration on the scale of culpability is too minute to merit a distinction. I would conclude that the crime defined in s. 212(a)(ii) can properly be described as murder and on a "culpability scale" it varies so little from s. 212(a)(i) as to be indistinguishable.

différence dans le degré de culpabilité est trop mince pour qu'on en tienne compte. Examinons la gravité du crime décrit au sous-al. 212a)(ii) en prenant trois exemples qui, selon cet article, constituentraient des meurtres. Premièrement, une personne a l'intention d'infliger des blessures multiples à sa victime en lui donnant des coups de couteau dans l'abdomen et la poitrine, tout en sachant que les blessures sont de nature à la tuer et, indifférent à l'égard de ce résultat probable connu, commence à lui donner des coups de couteau. Deuxièmement, une personne a l'intention de tuer un ancien associé en lui tirant une balle dans la poitrine sachant que la mort risque de s'ensuivre et, indifférent à ce résultat, tire une balle dans la poitrine de la victime. Troisièmement, deux personnes ont l'intention de frapper à plusieurs reprises et avec violence une personne à la tête avec un bâton de baseball sachant fort bien que la victime en mourra probablement. Ils continuent néanmoins à lui briser les os et à lui fracasser le crâne. Dans les trois exemples, les accusés ont certainement commis un crime aussi grave que celui qui a l'intention spécifique de tuer. La société, à mon avis, trouverait futile toute distinction dans le degré de culpabilité. La différence de gravité sur l'échelle de la culpabilité est trop infime pour justifier une distinction. Je suis d'avis de conclure que le crime défini au sous-al. 212a)(ii) peut être correctement décrit comme un meurtre et, sur une «échelle de culpabilité», il se différencie tellement peu du crime prévu au sous-al. 212a)(i) qu'il ne peut en être distingué.

I find some support for this position in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. There Lamer J., giving the reasons for the Court, stated at pp. 644-45:

There is a very interesting progression through s. 212 to s. 213 with respect to the mental state that must be proven.

The starting point is s. 212(a)(i) . . .

This clearly requires that the accused have actual subjective foresight of the likelihood of causing the death coupled with the intention to cause that death. This is the most morally blameworthy state of mind in our system.

There is a slight relaxation of this requirement in s. 212(a)(ii) . . .

Je trouve un certain appui à cette thèse dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, où le juge Lamer, au nom de la Cour, a affirmé aux pp. 644 et 645:

Les articles 212 et 213 traduisent une progression très intéressante en ce qui concerne l'état d'esprit dont on doit faire la preuve.

Le point de départ est le sous-al. 212a)(i) . . .

Il est évident que cette disposition exige que l'accusé ait vraiment prévu subjectivement que la mort pourrait être causée, et qu'il ait eu l'intention de la causer. Sur le plan moral, c'est là l'état d'esprit le plus répréhensible dans notre système.

Il y a un léger assouplissement de cette exigence au sous-al. 212a)(ii) . . .

Here again the accused must have actual subjective foresight of the likelihood of death. However, the Crown need no longer prove that he intended to cause the death but only that he was reckless whether death ensued or not. It should also be noted that s. 212(a)(ii) is limited to cases where the accused intended to cause bodily harm to the victim.

He went on to note, at pp. 645-46, that there is still a greater relaxation of the requisite mental element in s. 212(c), a provision which "eliminates the requirement of actual subjective foresight and replaces it with objective foreseeability or negligence". It is clear from these observations that the Court in that case concluded that there was but a slight relaxation of the requisite intent in s. 212(a)(ii) from that required by s. 212(a)(i). Section 212(a)(ii) demands a highly subjective mental element to be present, that of the intent to cause the gravest of bodily injuries that are known to the accused to be likely to cause death to the victim. It is to this intent that the s. 214(2) requirement of planning and deliberation can be properly applied.

Là encore, l'accusé doit vraiment avoir prévu subjective-ment que la mort pourrait être causée. Toutefois, le ministère public est tenu de prouver non plus qu'il avait l'intention de causer la mort, mais seulement qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Soulignons en outre que l'application du sous-al. 212a)(ii) se limite aux cas où l'accusé a eu l'intention de causer des lésions corporelles à la victime.

*b* Il a souligné ensuite, à la p. 646, qu'il y a encore un plus grand assouplissement de l'exigence au sous-al. 212c), une disposition qui a «pour effet d'éliminer l'exigence de prévision subjective réelle pour la remplacer par un critère de prévisibilité objective ou de négligence». Il ressort clairement de ces remarques que, dans cette affaire, la Cour a conclu qu'il n'y avait qu'un léger assouplissement de l'intention requise au sous-al. 212a)(ii) par rapport à celle requise au sous-al. 212a)(i). Le sous-al. 212a)(ii) exige la présence d'un élément moral hautement subjectif, c'est-à-dire l'intention de causer des lésions corporelles très graves que l'accusé sait être de nature à causer la mort de la victime. C'est à l'égard de cette intention que l'exigence de la pré-méditation au par. 214(2) peut être correctement appliquée.

#### La question de l'écoute téléphonique

This issue arises out of the cross-examination of the defence witness Jordan by Crown counsel. It was the Crown's position that Schimmens, during his time at the detention centre, had concocted an alibi for his defence and orchestrated the compliance of friends in supporting this alibi. The cross-examination of Jordan, who was Schimmens' girlfriend, was based upon five intercepted telephone calls. From the transcript it is clear that Crown counsel became specific in his interrogation and read to Jordan verbatim from portions of the transcript of the intercepted conversations. Although the Alberta Court of Appeal held that s. 178.16 of the *Criminal Code* did not apply, it based this finding on a mistaken belief that the conversations were between Jordan and one James Wolton. Neither Wolton nor Jordan were accused parties before the Court. However, four of those five conversations (the vital conversations) were instead between Jordan and the accused Schimmens. It was these four conversations which per-

*f* Cette question découle du contre-interrogatoire du témoin de la défense Jordan par le ministère public. Selon la thèse du ministère public, Schimmens, pendant qu'il était au centre de détention, a fabriqué un alibi pour sa défense et obtenu l'aide de ses amis pour appuyer cet alibi. Le contre-interrogatoire de Jordan, qui était l'amie de Schimmens, s'est fait à partir de cinq appels téléphoniques interceptés. Il ressort clairement de la transcription que l'avocat du ministère public est devenu explicite dans son interrogatoire et a lu textuellement à Jordan des extraits de la transcription des conversations interceptées. Bien que la Cour d'appel de l'Alberta ait décidé que l'art. 178.16 du *Code criminel* ne s'appliquait pas, elle a fondé sa conclusion sur la croyance erronée que les conversations avaient eu lieu entre Jordan et un certain James Wolton. Ni Wolton ni Jordan n'étaient accusés au procès. Cependant, quatre de ces cinq conversations (les conversations essentielles) étaient en réalité entre Jordan et l'accusé

tained to the plan to read and circulate the preliminary hearing transcripts. It was the presentation of these conversations to Jordan which caused her to admit she had lied in her earlier testimony. They were thus seriously damaging to her credibility and to the alibi defence. For the purposes of these reasons I need only deal with the conversations between Jordan and Schimmens.

Section 178.16 of the *Criminal Code*, subss. (1) and (4), reads as follows:

**178.16 (1)** A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made; or
- (b) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence.

(4) A private communication that has been lawfully intercepted shall not be received in evidence unless the party intending to adduce it has given to the accused reasonable notice of his intention together with

- (a) a transcript of the private communication, where it will be adduced in the form of a recording, or a statement setting forth full particulars of the private communication, where evidence of the private communication will be given *viva voce*; and
- (b) a statement respecting the time, place and date of the private communication and the parties thereto, if known.

These provisions are contained in Part IV.1 of the *Criminal Code* which is entitled "Invasion of Privacy" and subtitled "Interception of Communications". These titles in themselves support the position that the purpose of this part of the *Criminal Code* is to protect the natural interest of all individuals in their privacy. These provisions have made the interception of private communications an offence unless they are made either with con-

Schimmens. Ces quatre conversations portaient sur le projet consistant à lire et à faire circuler les transcriptions de l'enquête préliminaire. C'est parce qu'on a fait état de ces conversations que a Jordan a avoué qu'elle avait menti dans son témoignage antérieur. Ces conversations ont donc miné sérieusement sa crédibilité et la défense d'alibi. Pour les fins des présents motifs, je n'ai qu'à traiter des conversations qui ont eu lieu entre b Jordan et Schimmens.

Les paragraphes 178.16(1) et (4) du *Code criminel* se lisent ainsi:

c 178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

f (4) Une communication privée qui a été légalement interceptée ne doit être admise en preuve que si la partie qui a l'intention de la produire a donné au prévenu un préavis raisonnable de son intention de ce faire accompagné

- g a) d'une transcription de la communication privée, lorsqu'elle sera produite sous forme d'enregistrement, ou d'une déclaration donnant tous les détails de la communication privée, lorsque la preuve de cette communication sera donnée de vive voix; et
- h b) d'une déclaration relative à l'heure, à la date et au lieu de la communication privée et aux personnes y ayant pris part, si elles sont connues.

i Ces dispositions se trouvent à la Partie IV.1 du *Code criminel* qui est intitulée «Atteintes à la vie privée» et sous-titrée «Interception des communications». Ces titres révèlent d'eux-mêmes que le but de cette partie du *Code criminel* est de protéger l'intérêt naturel de tous les individus dans leur vie privée. Ces dispositions font de l'interception de communications privées une infraction à moins qu'elle ne soit faite avec le consentement d'un

sent of a participant in the conversation or in accordance with the procedure set out in the *Criminal Code*. In the case at bar no notice was given to Schimmens of the Crown's intention to use the intercepted conversations. Nor had there been a *voir dire* in order that the judge might determine whether the interception had been lawfully made as required by *Charette v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 785.

The respondent Crown argued that there was no need to prove that the interception was lawfully made, as it was not intended to use it "against the originator" Schimmens but rather to impeach the credibility of the witness Jordan. Yet the Crown was doing far more than impeaching the credibility Jordan pursuant to s. 11 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. The intercepted conversation was, in fact, being used against the originator Schimmens to destroy his alibi defence. It was the words of Schimmens and Jordan's replies to Schimmens that were read to her. The effect of the cross-examination with the intercepted conversations on the defence alibi was devastating. It led the trial judge in his charge to the jury to put forward the theory that the defence witnesses had lied under oath because they had been concocting the alibi story and to make the suggestion that the jury might consider the fabrication of evidence by an accused as a circumstance from which they could infer consciousness of guilt, although he emphasized it would not be conclusive evidence of guilt.

The effect of Jordan's cross-examination by means of the intercepted communications went far beyond an attack upon the credibility of the witness. In reality they were used as evidence against the accused in contravention of s. 178.16(4). Schimmens was the originator of the most damaging conversations and it was the content of those conversations which was used to rebut his sole defence of alibi. The use of the intercepted conversations in this way contravened the provisions of s. 178.16(4).

participant à la conversation ou en conformité avec la procédure établie dans le *Code criminel*. En l'espèce, le ministère public n'a donné aucun avis à Schimmens de son intention d'utiliser les conversations interceptées. Il n'y a pas eu non plus de *voir-dire* pour que le juge puisse déterminer si l'interception avait été faite légalement, comme l'exige l'arrêt *Charette c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 785.

b

Le ministère public a soutenu qu'il n'était pas nécessaire d'établir que l'interception avait été faite légalement parce qu'il n'avait pas l'intention de l'utiliser «contre son auteur» Schimmens, mais plutôt pour attaquer la crédibilité du témoin Jordan. Toutefois, le ministère public n'a pas seulement attaqué la crédibilité de Jordan en application de l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5. La conversation interceptée était, dans les faits, utilisée contre son auteur Schimmens pour détruire sa défense d'alibi. Ce sont les paroles de Schimmens et les réponses de Jordan qu'on a lues à Jordan. Le contre-interrogatoire tenu à partir des conversations interceptées a eu un effet dévastateur sur la défense d'alibi. Il a amené le juge du procès, dans son exposé au jury, à présenter la thèse que les témoins de la défense avaient menti sous serment parce qu'ils avaient fabriqué un alibi et à proposer au jury de considérer le fait que l'accusé avait fabriqué une preuve comme une circonstance à partir de laquelle il pourrait conclure que l'accusé était conscient de sa culpabilité, le juge soulignant toutefois qu'il ne s'agirait pas là d'une preuve concluante de culpabilité.

c

L'effet du contre-interrogatoire de Jordan à partir des communications interceptées est allé plus loin qu'une attaque de la crédibilité du témoin. En réalité, ces communications ont été utilisées comme preuve contre l'accusé en contravention du par. 178.16(4). Schimmens était l'auteur des conversations les plus préjudiciables et c'est le contenu de ces conversations qui a été utilisé pour repousser sa défense qui reposait uniquement sur un alibi. Un tel usage des conversations interceptées contrevainait aux dispositions du par. 178.16(4).

d

e

f

g

h

i

j

This was the view expressed by David Watt (now Watt J.) in his text *Law of Electronic Surveillance in Canada*. At page 298 he wrote:

An issue may perhaps arise in the case of primary evidence being used for testimonial impeachment as to whether the receivability of the primary evidence need be shown where it is not being used in a substantive way. The provisions of section 178.16 do not distinguish between primary evidence used to advance the prosecution's case in a substantive way and that used to incidentally advance it by impeaching the testimonial reliability of the accused as a defence witness. The distinction is, in reality, one of form not of substance and it would accord more with the spirit of the legislation to require proof of the lawfulness of the interception as well as proof of the fact that the alleged statement was made.

If the Crown were permitted to use the conversations in the manner suggested in this case, it would permit the Crown to do indirectly what it is prohibited from doing directly. To allow such a procedure could result in widespread abuse and a fundamental unfairness to accused persons.

The introduction, in the absence of the procedural safeguards provided by the *Criminal Code*, of the intercepted conversations between the witness Jordan and the appellant Schimmens during the cross-examination of Jordan was improper.

I must as well reject the Crown's contention that this is a proper case to invoke the saving provisions of s. 613(1)(b)(iii). Although it may well be true that the conversations would have been readily admitted had a *voir dire* been held, it is impossible to determine that in the absence of such a *voir dire*. To assume their admissibility would be to assume without any evidence that the requirements of the *Criminal Code* had been complied with.

Since the *voir dire* was not held and the Court cannot presume its result, the case must be considered without the evidence of the intercepted conversations. In those circumstances the Crown cannot meet the requisite standards to warrant the implementation of s. 613(1)(b)(iii). The Crown would have to satisfy the Court that in the absence of any reference in the evidence to the intercepted

C'est l'opinion exprimée par David Watt (maintenant le juge Watt) dans son ouvrage *Law of Electronic Surveillance in Canada*. À la p. 298, il a écrit:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Il se peut que l'utilisation d'une preuve primaire pour attaquer un témoignage soulève la question de savoir si sa recevabilité doit être démontrée lorsqu'elle n'est pas utilisée comme preuve de fond. Les dispositions de l'art. 178.16 n'établissent pas de distinction entre la preuve primaire utilisée pour favoriser la thèse de la poursuite quant au fond et celle utilisée pour la favoriser de façon indirecte en attaquant la crédibilité du témoignage de l'accusé comme témoin de la défense. Il s'agit en réalité d'une distinction de forme et non de fond et il serait plus conforme à l'esprit de la loi d'exiger à la fois la preuve de la légalité de l'interception et la preuve du fait que la déclaration visée a été faite.

Si on permettait au ministère public d'utiliser les conversations de la manière proposée en l'espèce, ce serait permettre au ministère public de faire indirectement ce qu'il lui est interdit de faire directement. Permettre une telle procédure pourrait entraîner des abus généralisés et constituer une injustice fondamentale envers les accusés.

En l'absence des garanties procédurales prévues par le *Code criminel*, on ne devait pas permettre d'introduire les conversations interceptées entre le témoin Jordan et l'appelant Schimmens durant le contre-interrogatoire de Jordan.

Je dois également rejeter la prétention du ministère public qu'il s'agit d'un cas approprié pour invoquer les dispositions correctrices du sous-al. 613(1)b)(iii). S'il est peut-être vrai que les conversations auraient été admises si un *voir-dire* avait été tenu, il est impossible de l'affirmer en l'absence de ce *voir-dire*. Présumer leur admissibilité reviendrait à présumer sans preuve que les exigences du *Code criminel* ont été respectées.

Puisqu'il n'y a pas eu de *voir-dire* et que la Cour ne peut tenir son résultat pour acquis, l'affaire doit être jugée sans la preuve résultant des conversations interceptées. Dans ces circonstances, le ministère public ne peut satisfaire aux exigences préalables requises pour justifier l'application du sous-al. 613(1)b)(iii). Le ministère public aurait à convaincre la Cour qu'en l'absence de toute allu-

communications, the verdict would necessarily have been the same. It has been decided that when exculpatory evidence has been improperly excluded then any reasonable effect that exclusion may have had on the jury should, in considering the subsection, enure to the benefit of the accused. See *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311. The same principle must apply to inculpatory evidence that was improperly included. When that principle is applied to this case it becomes apparent that the Crown cannot meet the test.

In the circumstances, a new trial must be directed not only for the appellant Schimmens, but also for Nygaard.

It seems unfortunate that Nygaard too must have a new trial yet it appears to be the inescapable result. It is true that the erroneously admitted evidence affects only Schimmens in his alibi defence. Even if it led the jury to a reasonable doubt as to the guilt of Schimmens and his acquittal, the unchallenged fact remains that Hammond was battered to death with a baseball bat in the presence of Nygaard by someone who arrived with Nygaard. Nor does the alibi evidence of Schimmens affect the jury's conclusion in the first trial that Nygaard was a party to the murder committed by whoever it was that swung the baseball bat. The jury was carefully and properly instructed with regard to Nygaard's position as a party and this is not contested.

Nevertheless, on a new trial the evidence then adduced might lead a jury to a conclusion that the killing amounted to murder in the second degree and not first degree. If Nygaard did not also have a new trial, the incongruous and unacceptable result might be that Schimmens, the prime mover in the crime, was found guilty of second degree murder while Nygaard, the party to the crime, was found guilty of murder in the first degree.

In the result, I would set aside the convictions and direct a new trial of both appellants.

sion, dans la preuve, aux conversations intercep-tées, le verdict aurait nécessairement été le même. Il a été décidé que lorsqu'une preuve disculpatoire a été exclue à tort, tout effet raisonnable que cette exclusion peut avoir eu sur le jury, aux fins de l'application de ce sous-alinéa, devrait jouer en faveur de l'accusé. Voir l'arrêt *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311. Le même principe doit être appliqué à la preuve inculpatoire qui a été admise à tort. Quand ce principe est appliqué à l'espèce il devient évident que le ministère public ne peut satisfaire aux exigences requises.

Compte tenu des circonstances, un nouveau procès doit être ordonné non seulement pour l'appelant Schimmens mais également pour Nygaard.

Il est malheureux que Nygaard doive subir un autre procès, mais il semble que ce soit là un résultat inévitable. Il est vrai que la preuve admise à tort ne porte atteinte qu'à la défense d'alibi de Schimmens. Même si elle devait amener le jury à avoir un doute raisonnable quant à la culpabilité de Schimmens et donc aboutir à son acquittement, le fait non contesté demeure que Hammond a été battu à mort avec un bâton de baseball en présence de Nygaard par quelqu'un qui est arrivé avec Nygaard. Le témoignage de Schimmens quant à son alibi n'affecte en rien la conclusion du jury dans le premier procès que Nygaard était partie au meurtre commis par celui qui s'est servi du bâton de baseball. Le jury a reçu des directives appropriées et soigneusement présentées en ce qui concerne la position de Nygaard comme partie et cela n'est pas contesté.

Quoi qu'il en soit, la preuve présentée au nouveau procès pourrait peut-être inciter le jury à conclure qu'il s'agissait d'un meurtre au deuxième degré et non d'un meurtre au premier degré. Si Nygaard n'obtenait pas également un nouveau procès, le résultat absurde et inacceptable pourrait être que Schimmens, l'auteur principal du crime, serait déclaré coupable de meurtre au second degré alors que Nygaard, partie au crime, serait déclaré coupable de meurtre au premier degré.

En définitive, je suis d'avis d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour les deux appellants.

The reasons of La Forest, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J.—I have had the benefit of reading the reasons of Justices L'Heureux-Dubé and Cory. I agree with their views on the first issue.

While I agree with Cory J. in the result on the second issue, I reach that conclusion by a different route. Section 178.16 (now s. 189) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, provides:

**178.16** (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made; or
- (b) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence.

I share the view of L'Heureux-Dubé J. that "admissible as evidence" is a term of art in the law of evidence. It designates the putting of evidence into the record — evidence which the jury can rely on in making its conclusions. Cross-examination on a prior statement does not make that statement evidence.

That is not to say that the statement does not become evidence if it is proved. One way of proving the statement is by the witness' acknowledging that she made the statement and stating that it is true. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, at p. 629, summarizes the law as follows:

A witness who is cross-examined as to a previous inconsistent statement may: (1) admit that he made the statement and that it is true; (2) admit that he made the statement but deny its truth . . . ; (3) deny that he made the statement . . . .

It is only in the first situation that the statement comes within the testimonial response and becomes evi-

Version française des motifs des juges La Forest, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—J'ai eu l'avantage de lire les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Cory. Je partage leur opinion quant à la première question.

Bien que je partage la conclusion du juge Cory quant à la deuxième question, j'y arrive par une voie différente. L'article 178.16 (maintenant l'art. 189) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, prévoit:

**178.16** (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

Je partage l'avis du juge L'Heureux-Dubé que l'expression «admissible en preuve» est un terme technique du droit de la preuve. Elle désigne la production d'une preuve au dossier, une preuve sur laquelle le jury peut s'appuyer pour rendre ses conclusions. Le contre-interrogatoire sur une déclaration antérieure ne fait pas de cette déclaration une preuve.

Cela ne veut pas dire que la déclaration ne peut faire partie de la preuve si elle est elle-même prouvée. La déclaration peut notamment être prouvée lorsque le témoin reconnaît avoir fait la déclaration et affirme qu'elle est exacte. Dans son ouvrage, *Canadian Criminal Evidence*, à la p. 629, McWilliams résume le droit de la façon suivante:

[TRADUCTION] Le témoin qui est contre-interrogé sur une déclaration antérieure contradictoire peut: (1) admettre qu'il a fait la déclaration et qu'elle est exacte; (2) admettre qu'il a fait la déclaration mais nier son exactitude [ . . . ]; (3) nier qu'il a fait la déclaration . . .

Ce n'est que dans le premier cas que la déclaration fait partie du témoignage et devient une preuve contre

dence against the accused as to the truth of the facts therein . . . . [Emphasis added.]

In this case we have the first situation referred to by McWilliams. The witness acknowledged that she had the telephone conversation and admitted her statements were true. It would seem, therefore, that her statements were admitted as evidence.

This is not the end of the matter, however. When the witness under cross-examination admitted that she had made certain statements, it was not the intercepted communication to which the Act is directed that became evidence, but her testimony. Section 178.16(1) is confined to the admission in evidence of intercepted private communications. Its purpose is to prevent the Crown from tendering as evidence private communications which have been unlawfully intercepted. Its purpose was not to prevent witnesses from giving evidence about conversations in which they took part, merely because they may have been intercepted by the police. An intercepted private communication under s. 178.16(1) is a private communication which is in the hands of the Crown as a result of an interception. I agree with L'Heureux-Dubé J. that s. 178.16(1) was never intended to apply to defence witnesses giving evidence about conversations in which they participated.

Extending s. 178.16(1) to all evidence about statements that may happen to have been intercepted would produce anomalous results. While the accused would still be able to give evidence of prior statements in his own defence by expressly consenting to their admission, the use of the word "consent" hardly seems apt to describe such a process. More seriously, what of a case where a defence witness gives evidence of a conversation, unaware that the Crown has intercepted it? In such circumstances the accused would be unaware of the need to expressly consent to the statement being introduced, with the result that it would be inadmissible. Moreover, since the only prohibition is on the admission of evidence, a defence witness could be cross-examined on his or her statement without violating the section, but could not state that he made the statement or that it was true.

l'accusé quant à l'exactitude des faits qui y sont contenus [ . . . ] [Je souligne.]

En l'espèce, nous sommes en présence de la première situation mentionnée par McWilliams. <sup>a</sup> Le témoin a reconnu qu'elle avait eu la conversation téléphonique et a admis que ses déclarations étaient exactes. Il semblerait donc que ses déclarations ont été admises en preuve.

<sup>b</sup> Toutefois cela ne règle pas la question. Lorsque le témoin a admis en contre-interrogatoire qu'elle avait fait certaines déclarations, ce n'est pas la communication interceptée visée par la Loi qui est devenue une preuve, mais son témoignage. Le paragraphe 178.16(1) vise uniquement l'admission en preuve de communications privées interceptées. Son objet est d'empêcher le ministère public de présenter en preuve des communications privées <sup>d</sup> qui ont été interceptées illégalement. Son objet n'est pas d'empêcher des témoins de témoigner au sujet de conversations auxquelles ils ont pris part, pour la simple raison que ces conversations ont pu être interceptées par la police. Une communication privée interceptée, au sens du par. 178.16(1), est une communication privée qui est en la possession du ministère public par suite d'une interception. Je partage l'opinion du juge L'Heureux-Dubé que le par. 178.16(1) n'a jamais été conçu pour s'appliquer aux témoins de la défense qui témoignent au sujet de conversations auxquelles ils ont participé.

<sup>g</sup> Si l'on étendait la portée du par. 178.16(1) à tous les témoignages concernant des déclarations qui ont pu être interceptées, on créerait des anomalies. L'accusé pourrait toujours témoigner au sujet de déclarations antérieures pour sa propre défense, en consentant expressément à leur admission, quoique l'emploi du terme «consentement» ne paraît guère à propos. Plus important encore, qu'en serait-il du cas où un témoin de la défense témoigne au sujet d'une conversation sans savoir que le ministère public l'a interceptée? Dans une <sup>i</sup> telle situation, l'accusé ne saurait pas qu'il est nécessaire de consentir expressément à l'introduction de la déclaration, et celle-ci serait donc inadmissible. En outre, puisque la seule interdiction vise l'admission de la preuve, on pourrait contre-interroger un témoin de la défense sur ses déclarations sans contrevénir à l'article, mais ce témoin ne

These awkward results are avoided if s. 178.16(1) is confined to intercepted communications in the hands of the Crown.

What then is the result? Is the Crown to be allowed to introduce unlawfully obtained intercepted statements indirectly by questioning witnesses on them? As Cory J. points out, that would seem not only anomalous, but unfair.

In my opinion, the answer to this question is governed by a principle that stands independent of s. 178.16(1) of the *Criminal Code*. I am of the view that the intercepted statement should not have been referred to in cross-examination without the Crown's first establishing that the statement was lawfully obtained. The authorities establish that Crown cross-examination of defence witnesses must be based on admissible evidence: McWilliams, *op. cit.*, at p. 500, quoting *Donnelly v. The King* (1947), 89 C.C.C. 237 (N.B.C.A.):

But whether the evidence submitted in direct or on cross-examination is for the purpose of impugning the character or the credibility of a witness, the nature of such evidence must be such that it is admissible under the rules of evidence; and the manner of bringing it out must be in accord with the rules of fair practice, and not in violation or derogation of the right of witnesses or accused persons.

For this reason, a witness generally cannot be cross-examined on a confession that has not been proved voluntary. McWilliams, *op. cit.*, states at p. 627:

It is improper for counsel to cross-examine a witness regarding a confession which has not been ruled voluntary and *a fortiori* one which has been ruled involuntary: *Monette v. The Queen* (1956), 114 C.C.C. 363 (S.C.C.); *Hebert v. The Queen* (1954), 113 C.C.C. 97 (S.C.C.), per Cartwright, J. (dissenting); *R. v. Treacy* (1944), 30 Cr. App. R. 93.

This applies to cross-examination of the accused on confessions not proved to be voluntary: *R. v. Treacy* (1944), 30 Cr. App. R. 93; *Hebert v. The Queen*, [1955] S.C.R. 120. More closely parallel to this case, it also applies to cross-examination of

*a* pourrait pas affirmer qu'il a fait la déclaration ou qu'elle était exacte. Ces anomalies sont évitées si le par. 178.16(1) est restreint aux communications interceptées qui sont en la possession du ministère public.

Quel est alors le résultat? Le ministère public devrait-il être autorisé à introduire indirectement des déclarations interceptées illégalement en interrogant les témoins sur celles-ci? Comme le souligne le juge Cory, cela semble non seulement irrégulier mais injuste.

*c* À mon avis, la réponse à cette question est régie par un principe indépendant du par. 178.16(1) du *Code criminel*. Je suis d'avis que la déclaration interceptée n'aurait pas dû être mentionnée en contre-interrogatoire, avant que le ministère public établisse d'abord la légalité de son obtention. La *d* jurisprudence établit que le contre-interrogatoire des témoins de la défense par le ministère public doit être fondé sur une preuve admissible: McWilliams, *op. cit.*, à la p. 500, citant l'arrêt *Donnelly v. The King* (1947), 89 C.C.C. 237 (C.A.N.-B.):

[TRADUCTION] Mais que la preuve présentée en interrogatoire principal ou en contre-interrogatoire vise à attaquer la réputation ou la crédibilité d'un témoin, cette preuve doit être admissible en vertu des règles de preuve; et la manière de l'introduire doit être conforme aux règles d'une pratique équitable et ne pas constituer une atteinte ou une dérogation aux droits des témoins ou des accusés.

*e* Pour cette raison, un témoin ne peut généralement pas être contre-interrogé sur une confession lorsqu'on n'a pas prouvé qu'elle a été faite librement. McWilliams, *op. cit.*, affirme à la p. 627:

[TRADUCTION] Un avocat ne devrait pas contre-interroger un témoin au sujet d'une confession dont le caractère libre n'a pas été établi et *a fortiori* au sujet d'une confession qui a été jugée ne pas avoir été faite librement: *Monette v. The Queen* (1956), 144 C.C.C. 363 (C.S.C.); *Hebert v. The Queen* (1954), 113 C.C.C. 97 (C.S.C.), le juge Cartwright, (dissident); *R. v. Treacy* (1944), 30 Cr. App. R. 93.

*j* Cette règle s'applique au contre-interrogatoire de l'accusé sur des confessions dont le caractère libre n'a pas été prouvé: *R. v. Treacy* (1944), 30 Cr. App. R. 93; *Hebert v. The Queen*, [1955] R.C.S. 120. Pour revenir à la présente espèce,

defence witnesses other than the accused on confessions made to the witness that have not been proved to be voluntary and admissible: *R. v. Lanigan* (1984), 53 N.B.R. (2d) 388 (C.A.)

The rule does not extend to cross-examination by an accused on a confession made by his or her co-accused. Different considerations prevail there because of the need to guarantee the co-accused a full and fair trial and not deprive him or her of legitimate defences: *Lui Mei Lin v. The Queen*, [1989] 1 A.C. 288 (P.C.)

In summary, the fundamental consideration governing cross-examination on prior statements in a criminal trial is fairness. The law recognizes that it would be unfair to permit the Crown to introduce inadmissible statements against an accused by the device of questioning defence witnesses on them in cross-examination. For this reason, the cases hold that the Crown must show the statements to be admissible before embarking on such cross-examination. On the other hand, where cross-examination is necessary to afford an accused a fair trial, it is permitted.

Considerations of fairness suggest that intercepted statements governed by Part IV.1 of the *Criminal Code* should be treated in the same manner as confessions for purposes of Crown cross-examination of defence witnesses. In each case, the statement is inadmissible until the Crown proves the conditions of its admissibility — in the case of confessions, voluntariness, in the case of intercepted statements, compliance with the conditions laid down by the *Criminal Code*. In each case, to permit the Crown to question defence witnesses on the statement without requiring the Crown to first establish its admissibility would be, as my colleague Cory J. points out, to permit the Crown to do indirectly what it cannot do directly. Evidence which might be inadmissible under exclusionary rules based on policy or fairness, might nevertheless be taken into consideration by the jury, and no amount of careful instruction by

cette règle s'applique également au contre-interrogatoire de témoins de la défense autres que l'accusé au sujet de confessions faites au témoin quand il n'a pas été prouvé que ces confessions étaient libres et admissibles: *R. v. Lanigan* (1984), 53 N.B.R. (2d) 388 (C.A.)

La règle ne s'étend pas au contre-interrogatoire par l'accusé au sujet d'une confession faite par son coaccusé. Ce sont d'autres considérations qui s'appliquent alors parce qu'il faut garantir au coaccusé une défense pleine et entière ainsi qu'un procès équitable et ne pas le priver de moyens de défense légitimes: *Lui Mei Lin v. The Queen*, [1989] 1 A.C. 288 (P.C.)

En résumé, la considération fondamentale qui régit un contre-interrogatoire concernant des déclarations antérieures dans un procès criminel est l'équité. Le droit reconnaît qu'il serait injuste de permettre au ministère public d'introduire des déclarations inadmissibles contre un accusé par le biais d'un contre-interrogatoire des témoins de la défense à leur sujet. Pour cette raison, les tribunaux ont conclu que le ministère public doit établir que les déclarations sont admissibles avant d'entreprendre un tel contre-interrogatoire. En revanche, lorsque le contre-interrogatoire est nécessaire pour garantir à un accusé un procès équitable, il est autorisé.

Pour des raisons d'équité, les déclarations interceptées régies par la partie IV.1 du *Code criminel* devraient être traitées de la même façon que les confessions en ce qui concerne le contre-interrogatoire des témoins de la défense par le ministère public. Dans chaque cas, la déclaration est inadmissible jusqu'à ce que le ministère public établisse les conditions de son admissibilité, c'est-à-dire, dans le cas des confessions, leur caractère libre et, dans le cas des déclarations interceptées, le respect des conditions établies par le *Code criminel*. Dans chaque cas, permettre au ministère public d'interroger les témoins de la défense sur une déclaration sans d'abord exiger que le ministère public établisse l'admissibilité de cette déclaration, reviendrait, comme mon collègue le juge Cory le souligne, à permettre au ministère public de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement. Le jury pourrait malgré tout prendre en considéra-

the judge as to the use to which the evidence may be put could ensure that it would not become part of their perception of the case. In the case of intercepted private communications, just as in the case of confessions, fairness requires that the Crown establish the admissibility of statements it seeks to use against the accused before putting them to defence witnesses in cross-examination.

The logic of extending the rule governing the use of confessions in cross-examination by the Crown to other *prima facie* inadmissible statements is recognized by May, *Criminal Evidence*, s. 8-86, who, after setting out the rules governing cross-examination on confessions, including the rule that a defendant may not be cross-examined on an inadmissible confession, concludes: "The same rules apply to any other inadmissible statement made by a defendant."

In this case, the Crown cross-examined a defence witness on a statement, the admissibility of which had not been established. The Crown was thus allowed to put before the jury and use against the accused a statement that s. 178.16(1) of the *Criminal Code* made inadmissible against the accused without proof that it had been lawfully obtained. This was unfair and on the authorities should not have been permitted.

I agree with Cory J. that although the use of the intercepted statements affected only Schimmens in his alibi defence, to allow only Schimmens' appeal might lead to incongruous results.

I would set aside the convictions and direct a new trial of both appellants.

tion une preuve qui pourrait être inadmissible en vertu de règles d'exclusion fondées sur des raisons de principes et d'équité et tous les soins apportés par le juge dans ses directives concernant l'utilisation de la preuve ne pourraient garantir que cette déclaration serait totalement écartée de leur évaluation de l'affaire. Dans le cas de communications privées interceptées, comme dans le cas de confessions, l'équité exige que le ministère public fasse la preuve de l'admissibilité des déclarations qu'il veut utiliser contre l'accusé avant de les présenter en contre-interrogatoire aux témoins de la défense.

*c* Dans son ouvrage *Criminal Evidence*, art. 8-86, May, reconnaît la logique d'étendre la règle régissant l'utilisation de confessions en contre-interrogatoire par le ministère public à d'autres déclarations qui, à première vue, seraient inadmissibles. *d* En effet, après avoir établi les règles régissant le contre-interrogatoire sur des confessions, y compris la règle qu'un défendeur ne peut être contre-interrogé sur une confession inadmissible, l'auteur conclut: [TRADUCTION] «Les mêmes règles s'appliquent aux autres déclarations inadmissibles faites par un défendeur».

*f* En l'espèce, le ministère public a contre-interrogé un témoin de la défense sur une déclaration dont l'admissibilité n'avait pas été établie. On a donc permis au ministère public de présenter au jury et d'utiliser contre l'accusé une déclaration *g* que le par. 178.16(1) du *Code criminel* rendait inadmissible contre l'accusé sans la preuve de la légalité de son obtention. C'était inéquitable et, d'après la jurisprudence, cela n'aurait pas dû être permis.

*h* Je suis d'accord avec la conclusion du juge Cory selon lequel, bien que l'utilisation des déclarations interceptées n'ait eu d'incidence que sur la défense d'alibi de Schimmens, accueillir uniquement l'appel de Schimmens pourrait aboutir à des résultats absurdes.

*j* Je suis d'avis d'annuler les déclarations de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès pour les deux appellants.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—The appellants raise two issues in these appeals. While I am in agreement with my colleague Justice Cory as to the disposition of the first issue concerning the construction of ss. 212(a)(ii) and 214(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, with deference, I cannot agree with his disposition of the second issue raised.

This issue concerns the proper interpretation of s. 178.16 (now s. 189) of the *Criminal Code*. Section 178.16 (1) provides:

**178.16 (1)** A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

- (a) the interception was lawfully made; or
- (b) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence. [Emphasis added.]

I note at the outset that no constitutional challenge is at issue here as regards s. 178.16 of the *Criminal Code*.

The title of Part IV.1 of the *Criminal Code*, in which s. 178.16 (now s. 189) can be found, is "Invasion of Privacy". The right to privacy is of crucial importance in our society, and should be ardently protected by the courts. There are many legal tools which are available to help protect an individual from unwarranted invasions of privacy. These tools range from the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to private law remedies. Part IV.1 of the *Criminal Code* is only one of a range of possible protections. It is aimed at one particular aspect of the problem of invasion of privacy: electronic surveillance for the purposes of crime detection. As such, it is a specific tool, designed for a specific goal.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Ces appels soulèvent deux questions. Quoique je partage l'opinion de mon collègue le juge Cory sur la première qui a trait à l'interprétation du sous-al. 212(a)(ii) et du par. 214(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, avec égards, je ne suis pas d'accord sur la seconde.

b

Cette seconde question concerne l'interprétation de l'art. 178.16 (maintenant l'art. 189) du *Code criminel*, qui énonce:

**178.16 (1)** Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

- a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou
- b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

e toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

f

Je note dès maintenant que la constitutionnalité de l'art. 178.16 du *Code criminel* n'est pas en litige ici.

g La partie IV.1 du *Code criminel* dans laquelle se retrouve l'art. 178.16 (maintenant l'art. 189) s'intitule «Atteintes à la vie privée». Le droit à la vie privée est d'une importance cruciale dans notre société et doit être fermement protégé par les tribunaux. Plusieurs mécanismes juridiques sont disponibles pour protéger une personne contre une atteinte injustifiée à sa vie privée. Ces mécanismes vont de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux recours de droit privé. La partie IV.1 du *Code criminel* est l'une parmi la gamme des protections possibles. Elle vise un aspect particulier du problème de l'atteinte à la vie privée: l'écoute électronique en vue de la détection de crimes. Il s'agit donc d'un mécanisme spécifique conçu dans un but spécifique.

j

This specific goal is described as a balancing of objectives by Zuber J.A. of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Welsh* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363, at p. 369:

It is apparent that in enacting the *Protection of Privacy Act*, 1973-74 (Can.), c. 50, now Part IV.1 of the *Code*, Parliament had two objectives. The first was to protect private communications by prohibiting interception and to render inadmissible evidence obtained in violation of the statute. The second objective, which balances the first, was to recognize the need to allow the appropriate authorities, subject to specific controls, to intercept private communications in the investigation of serious crime, and to adduce the evidence thus obtained.

This legislation must be viewed and interpreted with a full, fair and realistic appreciation of both these objectives. The right to private communication cannot be diluted simply because unlawful interceptions are made by honest men whose motives are simply to detect crime. On the other hand, this legislation is not a legal briar patch calculated to frustrate the legitimate aims of the prosecution.

I agree. The goal of protecting individuals from unwanted electronic surveillance is often at cross-purposes with the desire for effective law enforcement in an increasingly sophisticated technological age. As a result, an often delicate balance must be struck between the two aims. In my view, one must assume that the legislature, in enacting the "Invasion of Privacy" provisions of the *Criminal Code*, was establishing the balance it desired. It is my view that the proper role of the courts is to interpret the provisions in a manner which gives full effect to the legislative intent. When s. 178.16 speaks of the inadmissibility of evidence, these words should not be extended so as to exclude other possible uses of intercepted communications.

In my view, s. 178.16 clearly applies only to intercepted communications which the Crown might seek to adduce as evidence. The wording is explicit. The word "evidence" is a term of art in criminal law. It cannot be supposed that Parliament was unaware of either the meaning of this term or the implications of its use within s. 178.16. As a result, s. 178.16 cannot be said to include the use of intercepted private communications for the

Le juge Zuber de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *R. v. Welsh* (1977), 32 C.C.C. (2d) 363, décrit ce but spécifique comme la recherche d'un équilibre entre divers objectifs (à la p. 369):

*[TRADUCTION]* Il est évident qu'en adoptant la *Loi sur la protection de la vie privée*, 1973-74 (Can.), chap. 50, maintenant la partie IV.1 du *Code*, le Parlement visait deux objectifs. Le premier était de protéger les communications privées en interdisant l'interception et en rendant inadmissible la preuve obtenue en violation de la loi. Le second objectif, qui fait contrepoids au premier, était de reconnaître la nécessité de permettre aux autorités appropriées, sous réserve de certaines restrictions précises, d'intercepter des communications privées au cours d'une enquête sur un crime grave et de produire la preuve ainsi obtenue.

Il faut considérer et interpréter cette loi en fonction d'une appréciation complète, juste et réaliste de ces deux objectifs. Le droit aux communications privées ne saurait être atténué simplement parce que des interceptions illégales sont effectuées par des hommes honnêtes qui cherchent uniquement à découvrir le crime. D'un autre côté, cette loi n'est pas un buisson de ronces juridiques imaginé pour frustrer les fins légitimes de la poursuite.

Je suis d'accord. L'objectif de protection des individus contre une écoute électronique non désirée est souvent à l'opposé du désir de faire respecter la loi de façon efficace dans une ère de sophistication technologique croissante. En conséquence, un équilibre souvent délicat doit être trouvé entre ces deux objectifs. À mon avis, on doit présumer que la législature, en adoptant les dispositions du *Code criminel* portant sur les «atteintes à la vie privée», a établi cet équilibre. J'estime que le rôle approprié des tribunaux est d'interpréter ces dispositions de façon à donner plein effet à l'intention du législateur. Lorsque l'art. 178.16 parle de l'inadmissibilité de la preuve, la portée de ces mots ne devrait pas être étendue pour exclure d'autres usages possibles des communications interceptées.

L'article 178.16 s'applique clairement à mon avis aux seules communications interceptées que la poursuite pourrait chercher à mettre en preuve. Le texte est explicite. Le mot «preuve» est un terme de l'art en droit criminel. On ne saurait supposer que le Parlement ignorait et le sens de ce terme et les implications de son utilisation dans l'art. 178.16. En conséquence, l'art. 178.16 ne saurait être interprété comme incluant l'utilisation de communica-

sole purpose of testing the credibility of a witness such as Jordan in cross-examination in the circumstances of this case.

In the present case Glenda Jordan was called as a witness by the accused Schimmens at the trial of Nygaard and Schimmens. Jordan was the live-in girlfriend of Schimmens. Her testimony was crucial to Schimmens' alibi defence. This defence was based on the claim by Jordan that she saw him at the race-track where she worked at roughly the same time that the assault on the victim Hammond occurred across town. Schimmens' alibi was also supported by testimony from one Brian Sager who claimed to have been with Schimmens at the track at the relevant time. It was the Crown's theory that the alibi was false, and was orchestrated by Schimmens from the Remand Centre where he was detained.

In cross-examination, the Crown sought to destroy the credibility of Jordan as Schimmens' chief alibi witness. To this end, it made use of prior inconsistent statements made by Jordan. These were aimed primarily at determining whether she was following instructions from Schimmens with respect to her testimony, and whether she had obtained a copy of the transcript of the preliminary inquiry and used it to instruct Sager. None of the prior inconsistent statements used by the Crown contained actual contradictory information regarding Jordan's claim to have seen Schimmens at the race-track at the time of the murder. Thus the cross-examination did not directly disprove the alibi. However, the use of the conflicting statements by the Crown led Jordan to admit to having lied in certain portions of her testimony, and in particular to having followed instructions from Schimmens concerning her own testimony and the briefing of Sager. Needless to say, the use of the prior inconsistent statements had a devastating effect on Jordan's credibility as a witness.

tions privées interceptées pour la seule fin de tester la crédibilité d'un témoin tel que Jordan en contre-interrogatoire dans les circonstances de la présente affaire.

a

En l'espèce, Glenda Jordan fut appelée comme témoin par l'accusé Schimmens au procès de Nygaard et Schimmens. Jordan faisait vie commune avec Schimmens. Son témoignage était crucial pour la défense d'alibi de Schimmens. Cette défense reposait sur la prétention de Jordan qu'elle l'avait vu à la piste de courses où elle travaillait à l'heure approximative où les voies de fait sur la victime Hammond étaient commises à l'autre bout de la ville. L'alibi de Schimmens était aussi fondé sur le témoignage d'un certain Brian Sager qui a prétendu être avec Schimmens à la piste au moment pertinent. Selon la thèse de la Couronne cet alibi était faux et avait été orchestré par Schimmens du centre de détention où il était détenu.

e En contre-interrogatoire, la poursuite a cherché à miner la crédibilité de Jordan comme principal témoin de Schimmens sur la question de l'alibi. À cette fin, la poursuite a utilisé des déclarations antérieures incompatibles de Jordan. Celles-ci avaient trait, notamment, au fait de savoir si, dans son témoignage, elle suivait les instructions de Schimmens et si elle avait obtenu une copie de la transcription de l'enquête préliminaire et l'avait utilisée pour en informer Sager. Aucune de ces déclarations antérieures incompatibles dont s'est servie la Couronne ne contenait d'information contradictoire sur la prétention de Jordan qu'elle avait vu Schimmens à la piste de courses au cours de la période durant laquelle le meurtre a eu lieu. Le contre-interrogatoire n'a donc pas directement contredit l'alibi. Cependant, l'utilisation par la Couronne des déclarations incompatibles a amené Jordan à admettre qu'elle avait menti dans certaines parties de son témoignage, en particulier, qu'elle avait, lors de son témoignage, suivi les instructions de Schimmens et qu'elle avait informé Sager. Il va sans dire que l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles a produit un effet dévastateur sur la crédibilité du témoignage de Jordan.

j

The controversy over the use of these statements relates to their source. The statements were contained in transcripts of a recorded telephone conversation between Jordan and an individual named James Wolton, and in three separate telephone conversations between Jordan and Schimmens. The appellants argue that the statements were inadmissible since it was never established that the interceptions were lawful pursuant to s. 178.16 of the *Criminal Code*.

An objection to the use of these statements was made at trial. The following discussion took place in the absence of the jury:

THE COURT: Yes, Mr. MacPherson.

MR. MACPHERSON: Thank you, My Lord. It appears that my learned friend is introducing evidence of an interception of a private communication. In my respectful submission, would that not bring into play the provision of Sections [sic] 178 of the Criminal Code?

MR. MARTIN: I at this point in these proceedings am cross-examining the witness with respect to a previous oral inconsistent statement pursuant to Section 11 of the Canada Evidence Act. My respectful submission is that if she agrees she makes these statements, how they came into my possession is completely irrelevant. It's not evidence, it's just been cross-examining her going to the issue of her credibility.

MR. MACPHERSON: Well, it certainly is indeed evidence in my respectful submission, My Lord, and I appreciate the point that my learned friend is making. What he is doing in effect is introducing evidence of an interception of a private communication. In my respectful submission then Section 178 comes into play.

MR. MARTIN: Just so we're clear here, I'm not introducing any evidence at this point. I'm asking the witness if she recalls saying these statements which are inconsistent with her current evidence.

THE COURT: Which part of 178.16 are you speaking; that it's inadmissible in evidence?

MR. MACPHERSON: Yes, Sir.

THE COURT: 1(a). That's your total submission?

MR. MACPHERSON: Yes, Sir, 178.16(1),

La controverse au sujet de l'utilisation de ces déclarations porte sur leur source. Ces déclarations faisaient partie de la transcription d'une conversation téléphonique enregistrée entre Jordan et un nommé James Wolton ainsi que de trois autres conversations téléphoniques entre Jordan et Schimmens. Les appellants plaident que ces déclarations étaient inadmissibles étant donné qu'il n'a jamais été mis en preuve que ces interceptions avaient été obtenues légalement en conformité avec l'art. 178.16 du *Code criminel*.

Lors du procès, une objection a été faite à l'utilisation de ces déclarations. L'échange suivant eut lieu en l'absence du jury:

[TRADUCTION] LA COUR: Oui, M. MacPherson.

MR. MACPHERSON: Merci, Votre Seigneurie. Il semble que mon savant ami introduit en preuve l'interception d'une conversation privée. À mon humble avis, ceci ne fait-il pas jouer l'article 178 du Code criminel?

f M. MARTIN: À ce stade des procédures je contre-interroge le témoin sur une déclaration orale antérieure incompatible en vertu de l'article 11 de la Loi sur la preuve au Canada. Je prétends respectueusement que si elle admet avoir fait ces déclarations, leur provenance n'est aucunement pertinente. Ce n'est pas de la preuve, c'est seulement un contre-interrogatoire qui vise la crédibilité.

g M. MACPHERSON: Bien, c'est certainement de la preuve à mon avis respectueusement, Votre Seigneurie, et je comprends le point de mon savant ami. Ce qu'il fait, en réalité, c'est introduire la preuve de l'interception d'une communication privée. Ceci, je le soutiens respectueusement, met en jeu l'article 178.

h M. MARTIN: Seulement pour clarifier ici, je n'introduis aucune preuve à ce stade. Je demande au témoin si elle se souvient d'avoir fait ces déclarations qui sont incompatibles avec son témoignage actuel.

LA COUR: De quelle partie de 178.16 parlez-vous; que c'est une preuve inadmissible?

i M. MACPHERSON: Oui, monsieur.

j LA COUR: 1(a). Ce sont là toutes vos préventions?

M. MACPHERSON: Oui, monsieur, 178.16(1):

"A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless"

And it goes onto (a) and (b). Unless "the interception was lawfully made," or (b) "the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof."

THE COURT: Well, as Mr. Martin says, he's not introducing the interception as evidence. He's merely attempting to refresh the memory of this particular witness, and it appears to be refreshing her memory.

MR. MacPHERSON: What he is doing, My Lord, in my respectful submission, is reading directly from the communication that was made.

THE COURT: No question he is, but it's still not being introduced as evidence. It's not evidence unless she adopts it or does not adopt it.

MR. MacPHERSON: Well, if she adopts it, My Lord — let's say for the sake of argument she adopts it, then does it not come squarely within Section 178?

THE COURT: As I understand it, the transcript is not being tendered. It's her *viva voce* evidence after her memory has been refreshed that is being put before the jury.

MR. MacPHERSON: Well, in my respectful submission, My Lord, none of it is admissible because of the prohibition in Section 178.

THE COURT: We will continue. Jury, please. [Emphasis added.]

There is nothing to indicate that the statements were illegally obtained. In fact, the Crown submits in its factum that the proper judicial authorization had been obtained for the interceptions. The controversy in this case is over the trial judge's decision that proof of their legality need not be tendered at this stage under the circumstances.

The issue of whether the Crown should have been permitted to use these statements in the cross-examination of Jordan was raised on appeal to the Court of Appeal of Alberta (1987), 36 C.C.C. (3d) 199. Belzil J.A., for the majority, made the following remarks at p. 203:

While the Crown was aware of the contents of these intercepted conversations from transcripts in its possession, it did not seek to introduce them as evidence

«Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins que»

a Et on poursuit avec (a) et (b). À moins que «l'interception n'ait été faite légalement» ou (b) que «l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve.»

b LA COUR: Bien, comme le dit M. Martin, il n'introduit pas l'interception en preuve. Il tente tout simplement de rafraîchir la mémoire de ce témoin et il semble que sa mémoire se rafraîchit.

c M. MacPHERSON: Ce qu'il fait, Votre Seigneurie, à mon humble avis, c'est lire directement la communication qui a été faite.

LA COUR: Sûrement, mais il ne l'a pas encore introduite en preuve. Ce n'est pas de la preuve jusqu'à ce qu'elle l'adopte ou non.

d M. MacPHERSON: Bien, si elle l'adopte, Votre Seigneurie, — disons pour les fins de l'argument qu'elle l'adopte — alors est-ce que ce cas ne relève pas carrément de l'article 178?

e LA COUR: Comme je le comprends, la transcription n'est pas produite. C'est son témoignage de vive voix, après qu'on ait rafraîchi sa mémoire, qui est mis en preuve devant le jury.

f M. MacPHERSON: Bien respectueusement, Votre Seigneurie, rien de cela n'est admissible parce que prohibé en vertu de l'article 178.

LA COUR: Nous allons continuer. Le jury s'il vous plaît. [Je souligne.]

g Rien n'indique que les déclarations furent obtenues illégalement. En fait, la poursuite souligne dans son mémoire qu'une autorisation judiciaire a bel et bien été obtenue pour ces interceptions. Le litige ici a trait à la décision du juge selon laquelle il n'était pas nécessaire de faire la preuve de leur légalité à ce stade et dans ces circonstances.

La Cour d'appel de l'Alberta (1987), 36 C.C.C. (3d) 199, a eu à se prononcer sur la question de savoir si la poursuite devait être autorisée à se servir de ces déclarations. Le juge Belzil, pour la majorité, a fait les remarques suivantes, à la p. 203:

j [TRADUCTION] Quoique la poursuite ait été au courant des conversations interceptées à partir des transcriptions en sa possession, elle n'a pas cherché à les introduire en

against the "originator", Jordan, or the "intended receiver", Wolton, neither of whom were on trial; it only sought to cross-examine the witness on her prior inconsistent statements. Hence the exclusionary rule in s. 178.16 had no application and the trial judge did not err in ruling that the Crown was not required to prove the lawfulness of the interceptions before using them for cross-examination. The jury were never told that the Crown had obtained these prior inconsistent statements by interception of private telephone conversations. As far as the jury were concerned, these were simply prior inconsistent statements made by the witness.

The appellants argue that the decision of Belzil J.A. with respect to the intercepted phone conversations is erroneous because he appeared to be under the impression that the conversations in question were only between Jordan and Wolton. It is clear from the transcripts of the trial that the Crown also made use of intercepted conversations between Jordan and Schimmens. The appellants argue that this fact invalidates the reasoning behind the Court of Appeal's dismissal of that ground of appeal. However, in my view this does not affect the overall finding of the Court of Appeal. The more important point to be drawn from the above cited passage is that the Crown did not seek to introduce the conversations as evidence, and used them only in the cross-examination of the witness Jordan.

The Crown made use of the previous inconsistent statements pursuant to s. 11 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, which reads:

**11.** Where a witness, on cross-examination as to a former statement made by him relative to the subject-matter of the case and inconsistent with his present testimony, does not distinctly admit that he did make the statement, proof may be given that he did in fact make it, but before that proof can be given the circumstances of the supposed statement, sufficient to designate the particular occasion, shall be mentioned to the witness, and he shall be asked whether or not he did make the statement.

The proper procedure under this section is explained by Professor Bryant in "The Adversary's Witness: Cross-Examination and Proof of Prior

preuve contre Jordan, «l'auteur», ou Wolton, «le destinataire», aucun d'eux ne subissant leur procès; elle a seulement cherché à contre-interroger le témoin sur ses déclarations antérieures incompatibles. D'où le fait que la règle d'exclusion de l'art. 178.16 n'a pas d'application et le juge du procès n'a pas commis d'erreur en statuant que la poursuite n'était pas requise de faire la preuve de la légalité des interceptions avant de s'en servir en contre-interrogatoire. Le jury n'a jamais été informé du fait que la poursuite avait obtenu ces déclarations antérieures incompatibles par l'interception de conversations privées. Pour ce qui concerne le jury, elles étaient simplement des déclarations antérieures incompatibles faites par un témoin.

Les appelants plaignent que la décision du juge Belzil en ce qui concerne les conversations téléphoniques interceptées est erronée parce qu'il semble qu'il ait été sous l'impression que ces conversations avaient eu lieu uniquement entre Jordan et Wolton. Il appert en effet des transcriptions du procès que la poursuite a aussi fait usage de conversations interceptées entre Jordan et Schimmens. Les appelants en concluent que ce fait invalide le raisonnement qui sous-tend le rejet par la Cour d'appel de ce moyen d'appel. J'estime toutefois que ceci est sans effet sur l'ensemble de la décision de la Cour d'appel. Le point important à retenir du passage que je viens de citer est que la poursuite n'a pas cherché à introduire en preuve les conversations et qu'elle ne s'en est servie qu'au cours du contre-interrogatoire du témoin Jordan.

La Couronne a utilisé ces déclarations antérieures incompatibles en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), chap. C-5, qui se lit:

**11.** Si un témoin, contre-interrogé au sujet d'une déclaration antérieure faite par lui relativement au sujet de la cause et incompatible avec sa présente déposition, n'admet pas clairement qu'il a fait cette déclaration, il est permis de prouver qu'il l'a réellement faite. Avant de pouvoir établir cette preuve, les circonstances dans lesquelles a été faite la prétendue déclaration doivent être exposées au témoin de manière à désigner suffisamment l'occasion en particulier, et il faut lui demander s'il a fait ou non cette déclaration.

La procédure à suivre en vertu de cet article est expliquée par le professeur Bryant dans «The Adversary's Witness: Cross-Examination and

Inconsistent Statements" (1984), 62 *Can. Bar Rev.* 43, at pp. 60-61:

It requires counsel to ask the witness whether he did make such and such a statement. In order that the witness may adequately respond to this question, counsel must first identify the circumstances and the occasion of the making of the former statement so that the witness has an opportunity to recall it. As a minimum, counsel should advise the witness of "the time, place and persons involved in the supposed contradiction" together with the particulars of the statement. If these suggestions do not refresh the witness's memory, counsel may read the pertinent parts of the alleged statement to the witness. In the event the witness "distinctly admits" that he made that statement or that part, there is no need to independently prove the contradiction.

The procedure outlined above was followed by Crown counsel in the present case. Since Jordan ultimately admitted that she had made the statements in question, there was no need for the Crown to make independent proof of the statements.

The following excerpts from the transcript of the trial serve as an illustration both of the procedure followed by the Crown and the admission of Jordan that she had made the inconsistent statements:

Q. That conversation took place at 1:25 I suggest to you, on the afternoon of March 5. About an hour later, Miss Jordan, about an hour later that same day, did Mr. Schimmens phone back and ask you once you said hello, did he say, "Did they make it?" meaning Guy Chittick and Brian Sager, and you said, "Yeah", and he said, "Are they both there?" And you said, "Both of them. Do you want to talk to them?" And he said, "Yeah". And he then spoke to Guy Chittick. Do you remember that? Let me keep reading then. After he spoke to Guy Chittick, he spoke to Brian Sager, and then — incidentally, you would have been present while he was speaking to Sager, and Sager at that time was at page 20 of the transcript. And then you got back on the phone, and he said, that is John Schimmens said to you, "So, what's happening babes?" And you said, "Notin. I'm watching Another World." John said, "Hmm." You said, "They're doing their thing," meaning Chittick and Sager are reading the transcript, and John said, "Uh hmm. Well, says he figures it'll take

Proof of Prior Inconsistent Statements" (1984), 62 *R. du B. can.* 43, aux pp. 60 et 61:

[TRADUCTION] Elle oblige le procureur à demander au témoin s'il a fait telle ou telle déclaration. Afin de permettre au témoin de répondre adéquatement à cette question, le procureur doit d'abord identifier les circonstances et l'occasion où ces déclarations ont été faites afin de donner au témoin la possibilité de s'en souvenir. À tout le moins, le procureur doit informer le témoin du «temps, de l'endroit et des personnes impliquées dans la contradiction supposée» ainsi que des détails de cette déclaration. Si ces informations ne suffisent pas à rafraîchir la mémoire, le procureur peut lire au témoin les parties pertinentes de ces préputées déclarations. Dans le cas où le témoin «admet clairement» qu'il a fait cette déclaration ou cette partie de cette déclaration, il n'est pas nécessaire de faire la preuve de la contradiction.

Cette procédure a été suivie par le procureur de la poursuite en l'instance. Comme Jordan a finalement admis qu'elle avait fait les déclarations en question, il n'était nullement nécessaire pour la poursuite de faire une preuve particulière de ces déclarations.

Les extraits suivants de la transcription du procès illustrent tant la procédure suivie par la poursuite que l'aveu de Jordan qu'elle avait fait les déclarations incompatibles:

[TRADUCTION]

Q. Je dirais que la conversation a eu lieu à 13 h 25, dans l'après-midi du 5 mars. Environ une heure plus tard, Mlle Jordan, environ une heure plus tard le même jour, est-ce que M. Schimmens vous a rappelée et demandé, après que vous ayez répondu hello, a-t-il dit, «Est-ce qu'ils l'ont fait?» visant Guy Chittick et Brian Sager, et vous avez dit, «Ouais». Et il a dit, «Sont-ils tous deux là?» Et vous avez dit, «Tous les deux, Voulez-vous leur parler?» Et il a dit, «Ouais». Et il a alors parlé à Guy Chittick. Vous souvenez-vous de cela? Laissez-moi poursuivre ma lecture alors. Et il a parlé à Guy Chittick, il a parlé à Brian Sager et alors — incidemment, vous auriez été présente pendant la conversation avec Sager et Sager à ce moment était à la page 20 de la transcription. Et alors vous avez repris le téléphone et il a dit, c'est-à-dire John Schimmens vous a dit, «Alors qu'est-ce qui arrive, bébé?» Et vous avez dit, «Rien, j'écouté Another World.» John a dit «Hmm.» Vous avez dit, «Ils font leur chose», signifiant que Chittick et Sager lisaien la transcription et John a dit «Uh hmm.

him a couple of days to read that. It shouldn't take that long." You say, "At the most." John says, "A couple of hours." You say, "Yes." John says, "Steady reading. Want some copies?" You say, "Huh?" He says, "Copy?" You say, "Yeah." Does that refresh your memory?

A. Yes.

Q. That did happen, didn't it?

A. Yes.

Q. And Miss Jordan, you lied to us here under oath this morning when you said that to your knowledge Brian Sager had not read that transcript?

A. At the time I couldn't remember, but he did.

Q. You didn't remember? You paid the man who dropped him off at your house. You paid him \$10.

A. Mmm hmm.

Q. You lied to us this morning when you said John hadn't arranged that, didn't you?

A. Yup.

Q. That last conversation I read you, that took place at 2:16 in the afternoon on March 5. So, the first call was at 1:25 to tell you he would be over, at 2:16 to ask if he'd come yet and how far he'd gotten, at 3:09 the third call that afternoon March 5 between John Schimmens and you. He says to you jokingly, "Is this the Jordan residence?" And you say, "Yeah." And he says, "Okay." And you say, "Oh." And John Schimmens says to you, "Still reading that?" meaning is Sager still reading the transcript, and you say, "Yeah". He says, "Oh." And you say, "He's in the bedroom." "Yeah", meaning Brian Sager was in the bedroom reading the transcript of the preliminary inquiry; is that right?

A. I can't remember if he was in the bedroom. He might have been in the bedroom.

Q. You remember this conversation. What?

A. Sure, yup.

What was "proven" by the Crown in cross-examination was not the content of the earlier statements made by the witness Jordan. Rather, it was the simple fact that contradictory statements had been made by that witness. Jordan's subse-

Bien, il dit que cela va lui prendre une couple de jours pour lire cela. Cela ne devrait pas prendre aussi longtemps. Vous dites, «Au plus.» John dit, «Une couple d'heures.» Vous dites, «Oui.» John dit, «Lecture suivie. Voulez-vous des copies?» Vous dites «Hein?» Il dit, «Copie?». Vous dites, «Ouais.» Est-ce que ceci vous rafraîchit la mémoire?

A. Oui.

Q. C'est arrivé, n'est-ce pas?

b A. Oui.

Q. Et, Mlle Jordan, vous nous avez menti ici sous serment ce matin lorsque vous nous avez dit qu'à votre connaissance Brian Sager n'avait pas lu la transcription?

c A. À ce moment-là, je ne pouvais pas me souvenir, mais il l'a lue.

Q. Vous ne vous souveniez pas? Vous avez payé l'homme qui l'a laissée chez vous. Vous l'avez payé 10 \$.

d A. Mmm hmm.

Q. Vous nous avez menti ce matin lorsque vous avez dit que John n'avait pas arrangé cela, n'est-ce pas?

A. Ouais.

e Q. Cette dernière conversation que je viens de vous lire qui a pris place à 14 h 16 dans l'après-midi du 5 mars. Alors, le premier appel s'est fait à 13 h 25 pour vous dire qu'il viendrait, à 14 h 16 pour vous demander s'il était arrivé et où il était rendu, à 15 h 09 le troisième appel cet après-midi du 5 mars entre John Schimmens et vous. Il vous a dit à la blague, «Est-ce la résidence des Jordan?» Et vous dites, «ouais». Et il dit, «Okay». Et vous dites, «Oh». Et John Schimmens vous dit, «Encore après lire cela?» signifiant est-ce que Sager lit encore la transcription, et vous dites, «Ouais». Il dit, «Oh.» Et vous dites, «Il est dans la chambre à coucher». «Ouais», signifiant que Brian Sager était dans la chambre à coucher à lire la transcription de l'enquête préliminaire, n'est-il pas vrai?

f A. Je ne peux pas me rappeler si c'est dans la chambre à coucher. Il se peut qu'il y était.

g Q. Vous vous souvenez de cette conversation. Quoi?

A. Sûrement, ouais.

j Ce qui a été «prouvé» par la poursuite en contre-interrogatoire n'est pas le contenu des déclarations antérieures faites par le témoin Jordan mais plutôt le simple fait que des déclarations contradictoires avaient été faites par ce témoin. Les aveux subsé-

quent admissions that she lied to the jury, and her explanations of the circumstances of her deceit formed a part of her testimony at trial. Neither the fact that the Crown proved that she had contradicted herself, nor Jordan's own testimony relating to the phone conversations necessarily imply that the intercepted communications became evidence in the trial pursuant to the terms of s. 178.16 of the *Criminal Code*.

In *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415, the Alberta Supreme Court, Appellate Division, was faced with a situation where one of the accused was cross-examined as to an intercepted private communication which had previously been ruled inadmissible. In dismissing the appellant's appeal on this point Sinclair J.A. for the Court observed at pp. 424-25:

Finally, before leaving the point, I cannot see how Part IV.1 of the *Code* can be interpreted as prohibiting the recipient of a private communication from testifying as to the contents of that communication.

I agree. There was nothing in the *Criminal Code* to stop Glenda Jordan from testifying as to her previous conversations with the accused Schimmens or with Wolton, whether they were intercepted or not. Had she been questioned, for example, about a prior conversation with a neighbour, her own testimony concerning that conversation would form an incontestable part of the record. The hearsay nature of the conversation and the fact that it may have been private are immaterial once the witness decides to give testimony in relation to the conversation. Under such circumstances, the means by which the Crown has been made aware of the existence of a prior communication are immaterial. It is only when the witness denies the existence of the previous conversation that the Crown must take steps to prove it.

When, as in the present case, the intended and actual recipient of the intercepted communication chooses to testify as to the content of the communication, it would be paradoxical indeed if such person were prohibited from talking about her own previous conversations on the ground that her privacy was being protected.

quents de Jordan qu'elle avait menti au jury et ses explications des circonstances de sa tromperie ont fait partie de son témoignage au procès. Ni le fait que la poursuite ait prouvé qu'elle se soit contredite ni le propre témoignage de Jordan au sujet de ces conversations téléphoniques emportent nécessairement que les conversations interceptées soient devenues de la preuve au procès aux termes de l'art. 178.16 du *Code criminel*.

Dans l'arrêt *R. v. Gamble and Nichols* (1978), 40 C.C.C. (2d) 415, la Cour suprême de l'Alberta, Division d'appel, a eu à envisager une situation où un des accusés était contre-interrogé au sujet d'une conversation privée interceptée qui avait précédemment été déclarée inadmissible. Rejetant l'appel sur ce point, le juge Sinclair, parlant au nom de la Cour, a observé aux pp. 424 et 425:

*d* [TRADUCTION] Finalement, avant de laisser cette question, je ne peux pas voir comment la partie IV.1 du *Code* peut être interprétée comme empêchant celui qui reçoit une communication privée de témoigner relativement au contenu de cette communication.

*e* Je suis d'accord. Il n'y a rien au *Code criminel* qui puisse empêcher Glenda Jordan de témoigner quant à ses conversations antérieures avec l'accusé Schimmens ou avec Wolton, interceptées ou non. Aurait-elle été interrogée, par exemple, au sujet d'une conversation antérieure avec un voisin, que son propre témoignage au sujet de cette conversation ferait incontestablement partie du dossier. Le fait que la conversation relève du oui-dire et qu'elle ait pu être privée n'est pas pertinent une fois que le témoin décide de témoigner au sujet de cette conversation dans de telles circonstances. Les moyens par lesquels la poursuite a été mise au courant de l'existence d'une conversation antérieure ne sont pas pertinents. C'est uniquement lorsque le témoin dénie l'existence de la conversation antérieure que la poursuite doit prendre les moyens de la prouver.

*i* Lorsque, comme dans le cas présent, le destinataire visé et véritable de la communication interceptée choisit de témoigner, il serait tout à fait paradoxal que cette personne soit empêchée de faire état de ses conversations antérieures au motif qu'on protège sa vie privée.

Since writing these reasons, I have had the advantage of taking cognizance of the reasons of my colleague, Justice McLachlin. Upon further reflection, I tend to agree with her that the best approach in the interest of fairness to the accused, an argument not raised by counsel before us, would be for judges to hold a prior *voir dire* on the admissibility of the intercepted conversation on which the prosecution relies and wishes to question a witness, whether or not it is then formally tendered in evidence.

However, since in the present case it is now known that the intercepted conversation in question was made with prior judicial authorization, I see no point in ordering a new trial. In my view, such a result would not be in the best interest of the administration of justice.

I would accordingly dismiss the appeals.

*Appeals allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant Alan Gustaf Nygaard: O'Brien Devlin Markey MacLeod, Calgary.*

*Solicitors for the appellant John Alexander Schimmens: Pringle, Brimacombe & Sanderman, Edmonton.*

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

Depuis que j'ai rédigé ces motifs, j'ai eu l'avantage de prendre connaissance de l'opinion de ma collègue le juge McLachlin. Après réflexion, j'ai tendance à être d'accord avec elle que la meilleure approche en toute équité pour l'accusé, un argument qui n'a pas été plaidé devant nous, serait que le juge tienne au préalable un *voir-dire* sur l'admissibilité de la conversation interceptée sur laquelle la poursuite s'appuie et désire interroger un témoin, qu'elle soit ou non formellement introduite en preuve.

Toutefois, comme, en l'espèce, il est maintenant connu que la conversation interceptée en question a été légalement autorisée, je ne vois pas de raison d'ordonner un nouveau procès. J'estime qu'un tel résultat n'est pas dans l'intérêt de l'administration de la justice.

*d Je rejette alors donc les appels.*

*Pourvois accueillis, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

*Procureurs de l'appelant Alan Gustaf Nygaard: O'Brien Devlin Markey MacLeod, Calgary.*

*Procureurs de l'appelant John Alexander Schimmens: Pringle, Brimacombe & Sanderman, Edmonton.*

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