

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Murray Calder *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CALDER

File No.: 24323.

1995: November 9; 1996: March 21.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Exclusion of evidence — Trial judge excluding statement obtained from accused in violation of his right to counsel from Crown's case in chief — Crown later seeking to have statement admitted to impeach accused's testimony at trial — Whether change of circumstances justifies reconsideration of trial judge's earlier ruling that admission of the evidence would bring administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

The accused, a police officer, was charged with attempting to purchase the sexual services of a person under 18 years of age, extortion, and breach of trust. All of the charges arose out of a single incident involving him and a 17-year-old prostitute. Prior to being charged, the accused was interviewed by two investigating officers, who cautioned him but did not inform him of his right to counsel. During the course of the interview, the accused denied having gone to a particular street corner the previous night at the time allegedly appointed for a meeting with the complainant prostitute. This statement was untrue, as was demonstrated by the evidence of an independent witness as well as that of the complainant, and of the accused at trial. The Crown wished to use the accused's statement as substantive evidence of consciousness of guilt. The trial judge held that s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* had been breached by the investigating officers and excluded the statement pursuant to s. 24(2). He also refused to permit the Crown to use the previously excluded statement to impeach the accused's credibility during cross-examination. The accused was acquitted of all charges. The Court of Appeal, in a

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Murray Calder *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. CALDER

N° du greffe: 24323.

1995: 9 novembre; 1996: 21 mars.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Élément de preuve écarté — Le juge du procès a écarté de la preuve principale du ministère public une déclaration soustraite à l'accusé en contravention de son droit à l'assistance d'un avocat — Demande subséquente par le ministère public afin d'utiliser la déclaration pour attaquer le témoignage de l'accusé au procès — Le changement dans les circonstances justifie-t-il de revenir sur la conclusion antérieure du juge du procès que l'utilisation de cet élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

L'accusé, qui est agent de police, a été inculpé d'avoir tenté d'acheter les services sexuels d'une personne âgée de moins de 18 ans, d'extorsion et d'abus de confiance. Tous ces chefs d'accusation avaient leur origine dans un seul incident impliquant l'accusé et une prostituée âgée de 17 ans. Avant son inculpation, l'accusé a été interrogé par deux enquêteurs qui lui ont fait une mise en garde, sans toutefois l'informer de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Au cours de l'interrogatoire, l'accusé a nié s'être rendu la nuit précédente, à un coin de rue donné, à l'heure qui aurait été convenue avec la prostituée plaignante. Cette déclaration était fautive, ainsi qu'il ressort des dépositions d'un témoin neutre et de la plaignante, tout comme du témoignage de l'accusé au procès. Le ministère public voulait produire la déclaration de l'accusé comme preuve de fond de la conscience coupable. Le juge du procès a conclu que les enquêteurs avaient enfreint l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et a écarté la déclaration en application du par. 24(2). Il a également refusé au ministère public l'autorisation d'utiliser la déclaration écartée précédemment pour attaquer la crédibilité de l'accusé lors du contre-interrogatoire.

majority decision, dismissed the Crown's appeal. This appeal is to determine whether tender of the accused's out-of-court statement for the purpose of cross-examination constituted a change of circumstances justifying a reconsideration of the trial judge's earlier ruling that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Held (McLachlin J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The circumstances relied on by the Crown as establishing a change of circumstances in this case were the fact that the accused testified at variance with his previous statement, and the proposed limited use of the evidence. The Crown sought the introduction of the statement, however, because it was in a position to prove from its own witnesses that it was false. In light of this, it would not have escaped the Crown that the accused would likely testify and that his testimony could contradict the statement. With respect to the proposed limited use of the evidence, tender of an admission as evidence generally constitutes tender of it for all purposes unless it is tendered for a limited purpose. In this case, there was no indication that the admission was to be used only as part of the Crown's case in chief and not for the purpose of cross-examination. Accordingly, the proposed use was one of the two uses for which the evidence had been tendered and excluded.

The preoccupation of s. 24(2) of the *Charter* is with the effect that admission of the evidence will have on the repute of the administration of justice. Destroying the credibility of an accused who takes the stand in his or her defence using evidence obtained from the mouth of the accused in breach of his or her *Charter* rights will usually have the same effect as use of the same evidence when adduced by the Crown in its case in chief for the purpose of incrimination. It will only be in very limited circumstances that a change in use as proposed in this case will qualify as a material change of circumstances that would warrant reopening the issue once evidence has been excluded under s. 24(2). However, the possibility should not be entirely ruled out. To the extent that the Crown considers in a given case that restricting use of a statement to cross-examination will lighten its task in getting the statement admitted for this purpose under s. 24(2), it can seek a ruling to this effect either during

L'accusé a été acquitté de tous les chefs d'accusation. Dans une décision majoritaire, la Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté par le ministère public. Il s'agit, dans le présent pourvoi, de déterminer si le fait de produire la déclaration extrajudiciaire de l'accusé pour les fins du contre-interrogatoire constitue un changement de circonstances justifiant de revenir sur la conclusion antérieure du juge du procès que l'utilisation de cet élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Arrêt (le juge McLachlin est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Les facteurs cités par le ministère public pour soutenir qu'il y a eu changement dans les circonstances étaient le fait que le témoignage de l'accusé ne concordait pas avec sa déclaration antérieure, et l'usage limité que l'on proposait de faire de cet élément de preuve. Le ministère public a essayé de faire admettre la déclaration en preuve parce qu'il était en mesure d'en prouver la fausseté grâce à ses propres témoins. Il s'ensuit que le ministère public aurait dû penser qu'il était probable que l'accusé témoignerait et que son témoignage pourrait contredire la déclaration. En ce qui concerne l'usage limité que l'on proposait de faire de la preuve, produire un aveu à titre de preuve revient à le produire à des fins générales sauf précision que cet aveu est produit dans un but limité. En l'espèce, rien n'indiquait que l'aveu devait servir uniquement pour la preuve principale du ministère public, et non pour le contre-interrogatoire. En conséquence, l'usage envisagé était l'un des deux usages pour lesquels cet élément de preuve a été produit et écarté.

Au cœur du par. 24(2) de la *Charte* est le souci que suscite l'effet de l'utilisation de la preuve sur la considération dont jouit l'administration de la justice. L'anéantissement de la crédibilité de l'accusé qui témoigne pour sa propre défense, au moyen de déclarations qui lui sont soutirées en violation des droits qu'il tient de la *Charte*, aura normalement le même effet que l'utilisation des mêmes déclarations dans la preuve principale du ministère public pour l'incriminer. Ce n'est que dans des circonstances très limitées que le nouvel usage tel qu'il est envisagé en l'espèce remplira la condition du changement notable dans les circonstances qui justifierait de revenir sur la question une fois que la preuve a été écartée en application du par. 24(2), bien que l'on ne doive pas écarter toute possibilité dans certains cas exceptionnels. Si, dans un cas d'espèce, le ministère public estime que limiter l'utilisation de la déclaration au contre-interrogatoire lui facilitera la tâche de la faire admettre à

its case or before cross-examining the accused. In either case, a *voir dire* will be necessary in which the trial judge will consider the admissibility of the statement for the limited purpose for which the Crown intends to use the statement. Here, the admission of the impugned statement was rejected by the trial judge when it was tendered during the Crown's case in chief. The trial judge's finding that the statement's admission would bring the administration of justice into disrepute was confirmed by the Court of Appeal and is not challenged by the Crown. The evidence at trial developed into a contest of credibility between the complainant and the accused. In acquitting the accused, the jury no doubt considered that the evidence of the accused was sufficiently credible at least to raise a reasonable doubt. In view of the potential effect on the credibility of the accused and the findings of the trial judge, the proposed use of the statement for impeachment of credibility was not a material change of circumstances which warranted a reconsideration of the finding that the admission of the statement would bring the administration of justice into disrepute.

Per La Forest J.: Sopinka J.'s reasons were generally agreed with, except that it is difficult to imagine any special circumstances that would warrant departure from the approach set forth.

Per McLachlin J. (dissenting): Under s. 24(2) of the *Charter*, the only question is whether admission of the statement in "all the circumstances" would bring the administration of justice into disrepute. When the Crown tenders a witness's statement as substantive evidence of what happened, different considerations may arise than when the same statement is used to test the maker's credibility in cross-examination. The concern for getting at the truth may weigh against admitting a statement tendered as substantive evidence where there is fear that the *Charter* violation may have rendered it unreliable. The same concern for getting at the truth may weigh in favour of using the same statement in cross-examination to test the accused's credibility and uncover any inaccuracies or fabrications in his evidence in chief. The same applies to the interest of protecting the accused's right to a fair trial. It may be seen as unfair to tender against an accused as substantive evidence a statement which the state obtained from him in violation of his *Charter* rights. However, where the accused chooses to take the stand and place his credibility in issue, it is more difficult to say that it is unfair to permit the Crown to cross-examine him on his prior inconsistent statement and to put to him the vital ques-

cette fin en vertu du par. 24(2), il peut demander à la cour de se prononcer soit pendant la présentation de sa preuve soit avant le contre-interrogatoire de l'accusé. Dans l'un et l'autre cas, un voir-dire est nécessaire au cours duquel le juge du procès considérera l'admissibilité de la déclaration pour les fins limitées auxquelles le ministère public la destine. En l'espèce, le juge du procès a refusé l'admission de la déclaration en cause lorsqu'elle a été produite dans le cours de la présentation de la preuve principale du ministère public. Il a conclu que son utilisation déconsidérerait l'administration de la justice. Le ministère public ne conteste pas cette conclusion qui a été confirmée par la Cour d'appel. Les témoignages au procès ont donné lieu à une épreuve de crédibilité entre la plaignante et l'accusé. En acquittant ce dernier, le jury a sans doute jugé que son témoignage était suffisamment digne de foi pour susciter au moins un doute raisonnable. Vu l'effet potentiel sur la crédibilité de l'accusé et vu les conclusions tirées par le juge du procès, l'usage proposé de la déclaration afin d'attaquer la crédibilité ne représentait pas un changement notable dans les circonstances, qui justifierait de revenir sur la conclusion que l'utilisation de cette déclaration déconsidérerait l'administration de la justice.

Le juge La Forest: De façon générale, les motifs du juge Sopinka sont acceptés, sauf qu'il est difficile d'imaginer quelque exemple de cas exceptionnel qui justifierait de déroger à l'approche qu'il formule.

Le juge McLachlin (dissidente): Sous le régime du par. 24(2) de la *Charte*, la seule question qui se pose est de savoir si, «eu égard aux circonstances», l'utilisation de la déclaration est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. La décision du ministère public de présenter la déclaration d'un témoin comme preuve de fond de ce qui s'est passé peut faire entrer en jeu des considérations différentes de celles qui le seraient si cette même déclaration était utilisée pour éprouver la crédibilité de son auteur en contre-interrogatoire. Le souci de découvrir la vérité peut militer contre l'utilisation d'une déclaration produite en tant que preuve de fond, si l'on craint que la violation de la *Charte* l'ait rendue peu fiable. Le même souci de découvrir la vérité peut par ailleurs militer en faveur de l'utilisation de cette déclaration en contre-interrogatoire pour éprouver la crédibilité de l'accusé et faire ressortir les inexactitudes ou les fabrications de son témoignage en interrogatoire principal. Il en va de même du souci de protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Il peut être considéré injuste de présenter comme preuve de fond contre un accusé une déclaration que l'État lui a soutirée en violation des droits que lui garantit la *Charte*. Cependant, si l'accusé choisit de déposer et met sa crédibilité

tion of which version is true. Here the trial judge erred in law in holding that he could not reassess the admissibility of the accused's statement when it was offered for impeachment purposes during the accused's cross-examination, and the Crown has met the heavy onus of demonstrating with a reasonable degree of certainty that the verdict would not necessarily have been the same had the error in law not been made.

Cases Cited

By Sopinka J.

Distinguished: *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; **referred to:** *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588; *R. v. Crawford*, [1995] 1 S.C.R. 858; *R. v. U. (F.J.)*, [1995] 3 S.C.R. 764; *Monette v. The Queen*, [1956] S.C.R. 400; *R. v. Whittle*, [1994] 2 S.C.R. 914; *R. v. Edwards* (1986), 31 C.R.R. 343; *R. v. Rousseau* (1990), 54 C.C.C. (3d) 378; *R. v. Armstrong*, [1993] O.J. No. 2703 (QL); *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466; *R. v. Drake* (1970), 1 C.C.C. (2d) 396; *R. v. Levy* (1966), 50 Cr. App. R. 198.

Statutes and Regulations Cited

American Bill of Rights.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 13, 24(2).

Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 643, 92 C.C.C. (3d) 97, 32 C.R. (4th) 197, 23 C.R.R. (2d) 94, 74 O.A.C. 1, dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittal on charges of attempting to purchase the sexual services of a person under 18 years of age, extortion, and breach of trust. Appeal dismissed, McLachlin J. dissenting.

Ian R. Smith, for the appellant.

Edward L. Greenspan, Q.C., and *Alison Wheeler*, for the respondent.

en jeu, il est alors plus difficile d'affirmer qu'il est injuste de permettre au ministère public de le contre-interroger sur sa déclaration antérieure incompatible et de lui poser la question vitale de savoir laquelle des versions est la vérité. En l'espèce, le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant qu'il ne pouvait pas ré-examiner l'admissibilité de la déclaration de l'accusé, lorsqu'on a proposé de l'utiliser au cours de son contre-interrogatoire afin d'attaquer sa crédibilité, et le ministère public s'est acquitté du très lourd fardeau qu'il avait de démontrer, avec un degré raisonnable de certitude, que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si l'erreur de droit n'avait pas été commise.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Distinction faite d'avec l'arrêt: *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; **arrêts mentionnés:** *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588; *R. c. Crawford*, [1995] 1 R.C.S. 858; *R. c. U. (F.J.)*, [1995] 3 R.C.S. 764; *Monette c. The Queen*, [1956] R.C.S. 400; *R. c. Whittle*, [1994] 2 R.C.S. 914; *R. c. Edwards* (1986), 31 C.R.R. 343; *R. c. Rousseau* (1990), 54 C.C.C. (3d) 378; *R. c. Armstrong*, [1993] O.J. No. 2703 (QL); *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466; *R. c. Drake* (1970), 1 C.C.C. (2d) 396; *R. c. Levy* (1966), 50 Cr. App. R. 198.

Lois et règlements cités

American Bill of Rights.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 13, 24(2).

Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 643, 92 C.C.C. (3d) 97, 32 C.R. (4th) 197, 23 C.R.R. (2d) 94, 74 O.A.C. 1, ayant rejeté l'appel formé par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement aux accusations de tentative d'achat de services sexuels d'une personne âgée de moins de 18 ans, d'extorsion et d'abus de confiance. Pourvoi rejeté, le juge McLachlin est dissidente.

Ian R. Smith, pour l'appelante.

Edward L. Greenspan, c.r., et *Alison Wheeler*, pour l'intimé.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

1 LA FOREST J. — I am in general agreement with Justice Sopinka except that I find it difficult to imagine any special circumstances to which he refers in para. 35 that would warrant departure from the approach he sets forth.

LE JUGE LA FOREST — Je suis d'accord de façon générale avec le juge Sopinka, sauf que j'ai de la difficulté à imaginer un exemple des cas exceptionnels, auxquels il fait allusion au par. 35, qui justifieraient de déroger à l'approche qu'il formule.

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

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

2 SOPINKA J. — This appeal involves the question whether the proposed purpose for the use of evidence has any bearing on its admissibility pursuant to s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In this case, a statement was obtained from the respondent in violation of his right to counsel, and was excluded from the Crown's case in chief. The Crown later sought to have the statement admitted for the purpose of impeaching the testimony of the respondent at trial.

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si l'usage qu'on propose de faire d'un élément de preuve a quelque incidence sur son admissibilité au regard du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En l'espèce, une déclaration obtenue de l'intimé en violation de son droit à l'assistance d'un avocat, a été exclue de la preuve principale du ministère public. Par la suite, celui-ci a cherché à faire admettre cette déclaration afin d'attaquer la crédibilité du témoignage de l'intimé au procès.

3 I. The Facts

I. Les faits

4 Murray Calder, a police officer, was charged with attempting to purchase the sexual services of a person under 18 years of age, extortion, and breach of trust. All of the charges arose out of a single incident involving Calder and Shelley Desrochers, a 17-year-old prostitute.

Murray Calder, qui est agent de police, a été accusé de tentative d'acheter les services sexuels d'une personne âgée de moins de 18 ans, d'extorsion et d'abus de confiance. Tous ces chefs d'accusation avaient leur origine dans un seul incident impliquant Calder et Shelley Desrochers, une prostituée âgée de 17 ans.

Prior to being charged, Calder was interviewed by two investigating officers. He was cautioned as follows:

Avant son inculpation, Calder a été interrogé par deux enquêteurs qui lui ont fait la mise en garde suivante:

... we are investigating alleged sexual misconduct which could result in criminal charges or charges under the *Police Act*. You do not have to say anything unless you wish to do so, but whatever you do say may be given in evidence at the criminal trial or a trial under charges under the *Police Act*. Do you understand?

[TRADUCTION] ... nous enquêtons sur une plainte de méfait sexuel susceptible d'entraîner le dépôt d'accusations au criminel ou en vertu de la *Police Act*. Vous n'êtes pas obligé de dire quoi que ce soit, mais si vous le faites, tout ce que vous direz pourrait servir de preuve au procès criminel ou au procès tenu sous le régime de la *Police Act*. Est-ce que vous comprenez?

Calder answered that he did understand. He was then told that the complaint came from Shelley Desrochers, and he asked: "What's with the caution?" No answer was given, and Calder asked

Calder a répondu qu'il comprenait. Il a été alors informé que la plainte émanait de Shelley Desrochers et il a demandé: [TRADUCTION] «À quoi rime cette mise en garde?» Ne recevant pas de

again: "Why the caution?" At this point, the investigating officer read the section of the *Criminal Code* dealing with procuring the sexual services of a person under 18. There was no further explanation given for the caution. The trial judge held that s. 10(b) of the *Charter* had been breached by the investigating officers.

During the course of the interview, Calder denied having gone to the corner of Queen and Bathurst the previous night at the time allegedly appointed for a meeting with Desrochers. This statement was untrue, as was demonstrated by the evidence of an independent witness as well as that of the complainant, and of the respondent at trial. The Crown wished to use Calder's statement as substantive evidence of consciousness of guilt. The trial judge excluded the statement pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

Calder's testimony in chief contradicted his earlier statement to the police respecting his whereabouts on the night in question. The trial judge refused to permit the Crown to use the previously excluded statement to impeach credibility during cross-examination. The Crown used other evidence to attempt to impeach credibility: Calder's notes, the police car computer records and police records from the night in question.

A jury acquitted Calder of all charges. The Crown appealed to the Ontario Court of Appeal, submitting that the trial judge erred in excluding the evidence from the case for the Crown, and alternatively, that if the statement was properly excluded initially, the Crown should have been permitted to use the statement for impeachment purposes during cross-examination of the respondent. The Crown's appeal was dismissed, Doherty J.A. dissenting: (1994), 19 O.R. (3d) 643, 92 C.C.C. (3d) 97, 32 C.R. (4th) 197, 23 C.R.R. (2d) 94, 74 O.A.C. 1. The appeal is before this Court as an appeal as of right.

réponse, il a demandé de nouveau: [TRADUCTION] «Pourquoi cette mise en garde?» L'enquêteur lui a donné alors lecture de l'article du *Code criminel* relatif à l'obtention de services sexuels d'une personne âgée de moins de 18 ans. Aucune autre explication n'a été donnée de la mise en garde. Le juge de première instance a conclu que les enquêteurs avaient enfreint l'al. 10b) de la *Charte*.

Au cours de l'interrogatoire, Calder a nié s'être rendu la nuit précédente au coin des rues Queen et Bathurst au moment où, selon Desrochers, il devait l'y rencontrer. Cette déclaration était fautive, ainsi qu'il ressort des dépositions d'un témoin neutre et de la plaignante, tout comme du témoignage de l'intimé au procès. Le ministère public voulait produire la déclaration de Calder comme preuve de fond de la conscience coupable. Le juge de première instance l'a écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*.

Le témoignage de Calder au procès contredisait la déclaration qu'il avait faite auparavant à la police au sujet de l'endroit où il se trouvait la nuit en question. Le juge de première instance n'a pas permis au ministère public d'utiliser la déclaration précédemment exclue pour attaquer la crédibilité lors du contre-interrogatoire. Le ministère public s'est servi d'autres éléments de preuve à cette fin: les notes de Calder, les enregistrements de l'ordinateur de bord de la voiture de patrouille et les registres de la police de la nuit en question.

Le jury a acquitté Calder relativement à tous les chefs d'accusation. Le ministère public a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, alléguant que le juge de première instance avait commis une erreur en excluant cet élément de preuve présenté par le ministère public et, subsidiairement, que, si la déclaration avait été exclue à bon droit à l'origine, le ministère public aurait dû être autorisé à s'en servir pour attaquer la crédibilité de l'intimé durant son contre-interrogatoire. L'appel du ministère public a été rejeté, le juge Doherty étant dissident: (1994), 19 O.R. (3d) 643, 92 C.C.C. (3d) 97, 32 C.R. (4th) 197, 23 C.R.R. (2d) 94, 74 O.A.C. 1. Ce pourvoi s'exerce à titre de pourvoi de plein droit.

II. Relevant Legislative Provisions

Sections 10(b), 13 and 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:

10. Everyone has the right on arrest or detention

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right;

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

III. Decisions Below

Ontario Court (General Division) (Ferguson J.)

(i) Ruling on voir dire

8 The trial judge held, in his ruling on *voir dire*, that the direction given to the appellant by the police dispatcher to attend at the police station was, in fact, an order. Further, he held that the interrogation was not a mere disciplinary proceeding under the *Police Services Act*, R.S.O. 1990, c. P.15. The trial judge observed that the respondent was cautioned, was interrogated by two senior officers and was not left on his own from the time he arrived until his suspension. The trial judge accepted the respondent's perception that he was obliged to attend and to answer questions. The trial judge held that the respondent had been detained, and that he should have been advised of his *Charter* rights. The failure to so advise the respondent was a breach of his rights under the *Charter*. Further, the trial judge held that the admission of the statement obtained would bring the administration

II. Les textes applicables

Les articles 10b), 13 et 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

24. . . .

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

III. Les décisions des instances inférieures

Cour de l'Ontario (Division générale) (le juge Ferguson)

(i) Décision après voir-dire

Le juge du procès a conclu, après voir-dire, que l'intimation faite par le répartiteur de la police à l'intimé de se rendre au poste de police était en fait un ordre, et que son interrogatoire ne relevait pas d'une simple mesure disciplinaire en vertu de la *Loi sur les services policiers*, L.R.O. 1990, ch. P.15. Le juge du procès a fait remarquer que l'intimé avait reçu une mise en garde, qu'il avait été interrogé par deux officiers supérieurs, et qu'il n'avait pas été laissé seul depuis son arrivée jusqu'à sa suspension. Le juge du procès a ajouté foi à l'assertion de l'intimé qu'il se sentait obligé de se présenter au poste de police et de répondre aux questions. Il a conclu que l'intimé avait été détenu et qu'il aurait dû être informé des droits que lui garantit la *Charte*. Le défaut de l'en informer constituait une violation de ces droits. En outre, le juge du procès a conclu que l'utilisation

of justice into disrepute. Thus, the statement was held to be inadmissible pursuant to s. 24(2) of the *Charter*.

(ii) Ruling on Use of Statement for Impeachment

The trial judge held that to accede to the Crown's request to use the statement for a new purpose, after having ruled that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute, would be grossly unfair to the accused. He stated that the circumstances of the case at bar were entirely different than the case in *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618.

Ontario Court of Appeal (1994), 19 O.R. (3d) 643

Labrosse J.A.

Labrosse J.A. agreed with Doherty J.A. concerning the trial judge's finding that the respondent had been detained, and that the statement should have been excluded. He did not agree, however, that the trial judge should have permitted the Crown to use the respondent's statement during cross-examination to impeach his credibility.

Labrosse J.A. first stated his view that the American authorities cited by the Crown were not particularly helpful in carrying out the analysis required under s. 24(2) of the *Charter*, as the American system is different in so many aspects of principle and philosophy from the Canadian system. He then explained why he did not consider the decision in *Kuldip*, *supra*, to be applicable to the case at bar. In the course of distinguishing *Kuldip*, he stated that the principles and policies underlying that decision are not helpful in deciding the issue in this appeal due to the unique circumstances in which s. 13 of the *Charter* applies. In this regard, Labrosse J.A. quoted from Lamer C.J.'s reasons in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, and stated that "[t]he Chief Justice cautioned

en preuve de la déclaration en question déconsidérerait l'administration de la justice. Par conséquent, il l'a jugée non admissible par application du par. 24(2) de la *Charte*.

(ii) Décision sur l'utilisation de la déclaration afin d'attaquer la crédibilité

Le juge du procès a estimé que, ayant conclu que l'utilisation de la déclaration en question déconsidérerait l'administration de la justice, il serait éminemment inéquitable envers l'intimé d'accéder à la demande du ministère public de l'utiliser à une autre fin. À son avis, les circonstances de l'espèce étaient complètement différentes de celles de l'affaire *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618.

Cour d'appel de l'Ontario (1994), 19 O.R. (3d) 643

Le juge Labrosse

Le juge Labrosse partage l'opinion du juge Doherty sur la conclusion du juge du procès que l'intimé avait été détenu et que sa déclaration devait être écartée. Il n'est cependant pas d'accord avec son collègue que le juge du procès aurait dû permettre au ministère public d'utiliser la déclaration de l'intimé pour attaquer sa crédibilité durant le contre-interrogatoire.

Le juge Labrosse conclut en premier lieu que la jurisprudence américaine citée par le ministère public n'est d'aucun secours pour l'analyse en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, puisque le système américain est tellement différent, sur le plan des principes et de la philosophie, du système canadien. Il explique ensuite pourquoi à son avis, l'arrêt *Kuldip*, précité, n'est pas applicable en l'espèce. En distinguant l'espèce de l'affaire *Kuldip*, il fait observer que les considérations de principe qui sous-tendent *Kuldip* ne sont d'aucun secours pour le jugement de la question soulevée en appel, en raison des conditions particulières d'application de l'art. 13 de la *Charte*. À cet égard, il cite les motifs prononcés par le juge en chef Lamer dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, pour rappeler que

9

10

11

that s. 13 applies to a unique set of circumstances” (p. 669).

[TRADUCTION] «[l]e Juge en chef a averti que l’art. 13 s’applique à des circonstances très particulières» (p. 669).

12 Labrosse J.A. went on to consider the factors in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and concluded that on the basis of those factors the statement was inadmissible.

Le juge Labrosse passe ensuite en revue les facteurs considérés dans *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et conclut à la lumière de ces facteurs que la déclaration en question n’était pas admissible en preuve.

13 Finally, Labrosse J.A. agreed with the assertion of counsel for the respondent that the Crown had failed to demonstrate that the verdict would not necessarily have been the same had the statement been admitted.

Enfin, il convient avec l’avocat de l’intimé que le ministère public n’a pu démontrer que le verdict n’aurait pas été nécessairement le même si la déclaration avait été admise.

McKinlay J.A.

Le juge McKinlay

14 McKinlay J.A. wrote a separate judgment concurring with Labrosse J.A.’s disposition of the appeal. She expressed agreement with Doherty J.A.’s holding “that in appropriate circumstances, as carefully outlined in [Doherty J.A.’s] reasons, prior inconsistent statements of an accused could be admissible in cross-examination for the sole purpose of attacking his credibility” (p. 676). McKinlay J.A. shared Labrosse J.A.’s view, however, concerning the gravity of the s. 10(b) *Charter* violation in this case, and expressed her agreement with Labrosse J.A.’s analysis of the facts leading to his conclusion that the Crown had not established that the verdict “would not necessarily have been the same had the statement been admitted for the limited purpose of testing credibility” (p. 676).

Le juge McKinlay a prononcé des motifs distincts mais au même effet que ceux du juge Labrosse. Elle exprime son accord avec le juge Doherty par cette conclusion: [TRADUCTION] «dans les cas qui s’y prêtent, tels qu’ils sont soigneusement définis dans les motifs [prononcés par le juge Doherty], des déclarations antérieures incompatibles de l’accusé pourraient être admissibles au contre-interrogatoire à seule fin de mettre en doute sa crédibilité» (p. 676). Elle partage cependant le point de vue du juge Labrosse sur la gravité de la violation en l’espèce de l’al. 10b) de la *Charte*, ainsi que son analyse des faits qui l’ont amené à conclure que le ministère public n’avait pas démontré que le verdict [TRADUCTION] «n’aurait pas été nécessairement le même si la déclaration avait été admise juste pour mettre en doute la crédibilité» (p. 676).

Doherty J.A. (dissenting)

Le juge Doherty (dissident)

15 Doherty J.A. agreed that the trial judge had been correct to exclude the statement from the Crown’s case under s. 24(2). He noted that, “given the breach of s. 10(b) found by the trial judge, the exclusion of the evidence is entirely consistent with the controlling jurisprudence” (p. 654).

Le juge Doherty reconnaît que le juge du procès a eu raison d’écarter la déclaration en question de la preuve du ministère public en application du par. 24(2), et que [TRADUCTION] «vu sa conclusion à la violation de l’al. 10b), l’exclusion de cet élément de preuve est parfaitement conforme à la jurisprudence en la matière» (p. 654).

16 It was his opinion, however, that Ferguson J. had erred in not permitting the Crown to use the

Il estime cependant que le juge Ferguson a commis une erreur faute d’avoir permis au ministère

statement solely to impeach the accused in cross-examination. Doherty J.A. stated, *inter alia*, that the language of s. 24(2) and the principles guiding its interpretation compel the conclusion that “evidence ruled inadmissible at one stage in a trial may be admitted at another point in the same trial if the circumstances have changed so as to alter the effect [of admission of the evidence] on the administration of justice” (p. 658).

Doherty J.A. reasoned that the exclusionary power granted by s. 24(2) revolved around an inquiry into the effect of admitting the impugned evidence on the fairness of the trial and that “[t]hat inquiry rests on the premise that the impugned evidence is being used to incriminate the accused” (p. 661). The determination of voluntariness is made with reference to the circumstances surrounding the taking of the statement. Nothing that occurs during the course of the trial can alter those circumstances or affect the voluntariness of the statement. In contrast, the circumstances relevant to the s. 24(2) inquiry are more dynamic; admissibility is not determined solely by reference to past events or circumstances. The impact of the admission of the evidence on the repute of the administration of justice is what is of concern. The relevant circumstances may therefore occur at any time before the evidence is tendered, including after the commencement of the trial. Both the language of s. 24(2) and this Court’s approach to that language contemplate that there will be cases where events occurring during the course of the trial will be relevant to the s. 24(2) inquiry.

Referring to *Kuldip*, Doherty J.A. stated that a statement used only to impeach credibility is not used to incriminate the accused and as such does not negatively impact upon the fairness of the trial in the same manner as would a statement used for the purpose of incrimination. Applying the factors relevant to s. 24(2), he found that use of the statement for the purpose of cross-examination would

public d’utiliser la déclaration en question dans le but unique d’attaquer la crédibilité de l’accusé lors du contre-interrogatoire. Il dit notamment que les termes du par. 24(2) et les principes qui en régissent l’interprétation forcent à conclure que [TRADUCTION] «des éléments jugés non admissibles à une étape du procès pourraient être admis à un autre moment du même procès si les circonstances ont changé de façon à changer l’effet [de l’utilisation de cet élément de preuve] sur l’administration de la justice» (p. 658).

Selon le juge Doherty, le pouvoir d’écarter des preuves, que confère le par. 24(2), met en jeu l’analyse de l’effet que peut avoir l’utilisation de la preuve contestée sur l’équité du procès et [TRADUCTION] «[c]ette analyse repose sur le postulat que la preuve contestée sert à incriminer l’accusé» (p. 661). Une déclaration est volontaire ou non selon les circonstances dans lesquelles elle a été obtenue. Rien de ce qui se produit dans le cours du procès ne peut changer ces circonstances ou modifier la nature volontaire ou involontaire de la déclaration. Par contraste, les circonstances à prendre en considération dans l’analyse en vertu du par. 24(2) sont plus dynamiques; l’admissibilité n’est pas uniquement jugée à la lumière d’événements ou de circonstances passés. Ce dont il faut se préoccuper, c’est de l’effet de l’utilisation de l’élément de preuve en question sur la considération dont jouit l’administration de la justice. Les circonstances pertinentes peuvent donc être des circonstances qui se présentent à tout moment avant la production de cet élément de preuve, même après l’ouverture du procès. Il ressort des termes du par. 24(2) et de l’interprétation qu’en fait notre Cour qu’il est des cas où des événements survenus durant le procès doivent être pris en considération dans l’analyse en vertu du par. 24(2).

Citant l’arrêt *Kuldip*, le juge Doherty estime que se servir d’une déclaration à seule fin de mettre en doute la crédibilité de l’accusé ne revient pas à incriminer celui-ci et, de ce fait, ne compromet pas l’équité du procès au même titre qu’une déclaration produite pour incriminer. Appliquant les facteurs à prendre en considération en vertu du par. 24(2), il conclut que l’utilisation de la déclaration

not bring the administration of justice into disrepute.

IV. Analysis

19 The submission of the Crown which accords with the dissenting reasons of Doherty J.A. is that tender of the respondent's out-of-court statement for the purpose of cross-examination constituted a change of circumstances justifying a reconsideration of the trial judge's earlier ruling that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The Crown submits that in light of the changed circumstances the trial judge should have held a further *voir dire* to reconsider the application of s. 24(2) of the *Charter* having regard to the change in the proposed use of the evidence. The Crown does not appeal from the decision of the trial judge which excluded the evidence when it was tendered during the Crown's case. In his dissent, Doherty J.A. agreed that the trial judge had been correct in respect of this ruling which was properly based on the factors in *Collins*, *supra*, and concluded that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. No leave having been granted on this point, no issue can be taken with that ruling here.

20 Much reliance was placed on the decision of this Court in *Kuldip*, *supra*. That decision, however, is not of immediate assistance to the Crown. *Kuldip* decided that the accused could be cross-examined on a statement made by him at a previous trial notwithstanding s. 13 of the *Charter* and s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. At bottom, the ratio of that decision is that the provisions referred to are to be interpreted as prohibiting use of prior inconsistent statements for the purposes of incrimination but not for the purpose of challenging credibility. *Kuldip* did not involve any previous determination that the statement was inadmissible. All that stood in the way of the Crown's use of the statement was the wording of ss. 13 and 5(2), which prohibited use of the statements for the purpose of incrimination. When that prohibition was interpreted to per-

aux fins de contre-interrogatoire ne déconsidérerait pas l'administration de la justice.

IV. Analyse

L'argument du ministère public qui concorde avec l'avis dissident du juge Doherty est que le fait de produire la déclaration extrajudiciaire de l'intimé pour le contre-interrogatoire constitue un changement dans les circonstances, qui justifie de revenir sur la conclusion antérieure du juge du procès, savoir que l'utilisation de cet élément de preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le ministère public soutient que, vu ces circonstances nouvelles, le juge du procès aurait dû tenir un autre voir-dire afin de réexaminer l'application du par. 24(2) de la *Charte* pour prendre en compte le changement proposé dans l'utilisation de cet élément de preuve. Son appel ne vise pas la décision par laquelle le juge du procès a écarté cet élément de preuve lorsque le ministère public le produisait dans le cadre de sa preuve principale. Dans ses motifs dissidents, le juge Doherty a reconnu le bien-fondé de cette conclusion, motivée à bon droit par les facteurs dégagés dans l'arrêt *Collins*, précité, et a conclu que l'utilisation de cet élément de preuve aurait pour effet de déconsidérer l'administration de la justice. Comme il n'y a pas eu autorisation d'appel sur ce point, cette conclusion ne saurait être en cause devant la Cour.

L'argumentation est centrée sur l'arrêt de notre Cour *Kuldip*, précité, qui n'est cependant d'aucun secours direct pour le ministère public. Il a été jugé dans *Kuldip* que l'accusé pourrait être contre-interrogé au sujet d'une déclaration qu'il avait faite dans un procès antérieur, et ce en dépit de l'art. 13 de la *Charte* et du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Au fond, cette décision signifie que les dispositions invoquées doivent être interprétées comme interdisant l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles pour incriminer, et non pas pour attaquer la crédibilité. Il n'était nullement question dans *Kuldip* d'une décision antérieure portant que la déclaration n'était pas admissible. Le seul obstacle à l'utilisation par le ministère public de la déclaration était le libellé de l'art. 13 et du par. 5(2) qui interdisait l'utilisation de déclara-

mit cross-examination on the statement for the purpose of challenging credibility, the Crown was free to use the statement accordingly. Here, we have a determination by the trial judge that admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. The evidence was therefore rejected. The Crown properly conceded that use of the evidence for the limited purpose of cross-examination as to credibility was an "admission" of the evidence. The Crown must therefore establish a change of circumstances by reason of the proposed limited use of the evidence such that the decision to exclude the evidence should be varied. In this regard, the distinction made in *Kuldip* between the use of evidence for the purpose of incrimination and for the purpose of cross-examination as to credibility will have some relevance.

In *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707, a recent decision of this Court, we set out the circumstances under which an order made at trial can be varied or revoked. At p. 722, in unanimous reasons for the Court, we stated:

As a general rule, any order relating to the conduct of a trial can be varied or revoked if the circumstances that were present at the time the order was made have materially changed. In order to be material, the change must relate to a matter that justified the making of the order in the first place.

Earlier, at p. 722, we stated:

For instance, if the order is a discretionary order pursuant to a common law rule, the precondition to its variation or revocation will be less formal. On the other hand, an order made under the authority of statute will attract more stringent conditions before it can be varied or revoked.

The order here was made under the authority of a constitutional provision. The condition for its reconsideration must be at least as stringent as

rations de ce genre pour incriminer. Une fois cette interdiction interprétée comme permettant le contre-interrogatoire sur la déclaration dans le but de mettre en doute la crédibilité, il était loisible au ministère public de s'en servir en conséquence. Or, en l'espèce, le juge du procès a jugé que l'utilisation de l'élément de preuve en question est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En conséquence, il l'a écarté. Le ministère public a reconnu à juste titre que l'utilisation de cet élément de preuve juste pour mettre la crédibilité à l'épreuve lors du contre-interrogatoire équivalait à son «admission en preuve». Il lui incombait donc de prouver qu'il y avait un changement dans les circonstances par suite de l'usage limité qu'il envisageait pour cette preuve, tel qu'il y avait lieu de modifier la décision portant exclusion. À cet égard, il convient de tenir compte de la distinction faite dans l'arrêt *Kuldip* entre l'utilisation d'un élément de preuve pour incriminer et son utilisation au contre-interrogatoire pour mettre la crédibilité à l'épreuve.

Dans un arrêt récent, *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, notre Cour a défini les conditions dans lesquelles une ordonnance rendue en cours de procès peut être modifiée ou annulée. À la page 722 de ses motifs unanimes, la Cour a tiré la conclusion suivante:

En règle générale, toute ordonnance relative au déroulement d'un procès peut être modifiée ou annulée s'il y a eu changement important des circonstances qui existaient au moment où elle a été rendue. Pour que le changement soit important, il doit se rapporter à une question qui a justifié, au départ, la délivrance de l'ordonnance.

Précédemment, à la même page:

Par exemple, s'il s'agit d'une ordonnance discrétionnaire rendue en vertu d'une règle de common law, les conditions préalables à sa modification ou à son annulation seront moins rigides. Par contre, des conditions plus strictes s'appliqueront à la modification ou à l'annulation d'une ordonnance rendue aux termes d'une loi.

En l'espèce, l'ordonnance en question a été rendue en application d'une disposition constitutionnelle. Les conditions requises pour son réexamen

those that obtain with respect to an order made under the authority of a statute.

doivent en être au moins aussi rigoureuses que celles qui s'attachent à une ordonnance rendue en application d'une loi.

23 The circumstances relied on by the Crown to justify a change of circumstances in this case were: (a) the fact that the accused testified at variance with his previous statement; and (b) the proposed limited use of the evidence. With respect to (a) I have difficulty accepting that when the Crown is in possession of a previous statement it does not foresee that the accused may testify in a manner that contradicts the statement. The Crown sought the introduction of the statement because it was in a position to prove from its own witnesses that it was false. In light of this, it would not have escaped the Crown that the accused would likely testify and that his testimony could contradict the statement. With respect to (b), tender of an admission as evidence generally constitutes tender of it for all purposes unless it is tendered for a limited purpose. In this case, there was no indication that the admission was to be used only as part of the Crown's case in chief and not for the purpose of cross-examination. Indeed, if the statement had been admitted, can there be any doubt that it would have been used for both purposes? Accordingly, the proposed use was one of the two uses for which the evidence had been tendered and excluded. It was submitted, however, that the Crown's proposal that the evidence be admitted solely for the purpose of cross-examination was a change of circumstances which warranted reopening the issue. Whereas the tender of the evidence during the Crown's case was with a view to its admission generally, the more limited proposed use of the evidence was a circumstance that was not present when the evidence was originally excluded. The Crown argues, and the argument found favour with Doherty J.A., that the change in the proposed use could have a significant effect on the balancing of the relevant factors in the application of s. 24(2) of the *Charter*.

Les facteurs cités par le ministère public pour soutenir qu'il y a eu changement dans les circonstances étaient: a) le fait que le témoignage de l'accusé ne concordait pas avec sa déclaration antérieure; et b) l'usage limité que le ministère public se proposait de faire de cet élément de preuve. En ce qui concerne le facteur a), j'ai du mal à concevoir qu'étant en possession de la déclaration antérieure, le ministère public n'ait pas envisagé que l'accusé pût faire des dépositions qui la contredissent. Il a essayé de la faire admettre en preuve parce qu'il était en mesure d'en prouver la fausseté grâce à ses propres témoins. Il s'ensuit que le ministère public aurait dû penser qu'il était probable que l'accusé témoignerait et que son témoignage pourrait contredire la déclaration antérieure. En ce qui concerne le facteur b), produire un aveu à titre de preuve revient à le produire à des fins générales sauf précision que cet aveu est produit dans un but limité. En l'espèce, rien n'indiquait que l'aveu devait servir uniquement pour la preuve principale du ministère public, et non pour le contre-interrogatoire. En effet, si la déclaration en question avait été admise, il est hors de doute qu'elle aurait servi à l'une et l'autre fins. En conséquence, l'usage envisagé était l'un des deux usages pour lesquels cet élément de preuve a été produit et écarté. Le ministère public soutient cependant que sa proposition de le produire juste pour le contre-interrogatoire représentait un changement dans les circonstances qui justifiait de revenir sur la question. Alors que la production de cet élément pendant la présentation de la preuve du ministère public tendait à le faire admettre pour une utilisation générale, l'usage plus limité envisagé est une circonstance qui n'existait pas au moment où cet élément de preuve a été écarté à l'origine. L'argument du ministère public, auquel a fait droit le juge Doherty, est que le changement dans l'usage envisagé pourrait avoir un effet notable sur la pondération des facteurs à prendre en considération dans l'application du par. 24(2) de la *Charte*.