

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

K.G.B. *Respondent*

INDEXED AS: R. v. B. (K.G.)

File No.: 22351.

1992: October 8; 1993: February 25.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Criminal law — Evidence — Prior inconsistent statements — Admissibility — Witnesses' videotaped statements to police implicating accused as the murderer — Witnesses recanting statements at trial — Whether prior inconsistent statements admissible as evidence of the truth of their contents — Whether common law rule as to use of prior inconsistent statements should be changed — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 9.

Courts — Stare decisis — Supreme Court of Canada — Prior inconsistent statements admissible only to impeach witness's credibility — Whether common law rule as to use of prior inconsistent statements should be changed — If so, whether change to be made by Parliament rather than the courts.

The accused and three of his friends were involved in a fight with two men. In the course of the fight, one of the youths pulled a knife and stabbed one of the men in the chest and killed him. The four youths immediately fled the scene. About two weeks later, the accused's friends were interviewed separately by the police. Each was accompanied by a parent and in one case by a lawyer and each was advised of his right to counsel. It was also made clear that they were under no obligation to answer the questions and that they were not "at this time" charged with any offence. With the youths' consent the interviews were videotaped. In their statements, they told the police that the accused had made statements to them in which he acknowledged that he thought he had caused the death of the victim by the use

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **K.G.B.** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. B. (K.G.)

b Nº du greffe: 22351.

1992: 8 octobre; 1993: 25 février.

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

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

Droit criminel — Preuve — Déclarations antérieures incompatibles — Admissibilité — Déclarations de témoins aux policiers, enregistrées sur bande vidéo, désignant l'accusé comme le meurtrier — Rétractation des témoins au procès — Les déclarations antérieures incompatibles sont-elles admissibles comme preuve de la véracité de leur contenu? — La règle de common law relative à l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles devrait-elle être modifiée? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 9.

Tribunaux — Stare decisis — Cour suprême du Canada — Déclarations antérieures incompatibles admissibles seulement pour attaquer la crédibilité du témoin — La règle de common law relative à l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles devrait-elle être modifiée? — Dans l'affirmative, cette règle devrait-elle être modifiée par le législateur plutôt que par les tribunaux?

i L'accusé et trois de ses amis ont été impliqués dans une bagarre avec deux hommes. Pendant la bagarre, l'un des jeunes gens a brandi un couteau avec lequel il a frappé l'un des hommes à la poitrine et l'a tué. Les quatre jeunes se sont enfuis immédiatement. Environ deux semaines plus tard, les amis de l'accusé ont été interrogés séparément par la police. Chacun d'eux était accompagné de l'un de ses parents et l'un d'eux, d'un avocat, et chacun a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat. On leur a bien fait comprendre qu'ils n'étaient pas obligés de répondre aux questions et qu'aucune accusation n'était portée contre eux «pour l'instant». Avec leur consentement, les interrogatoires ont été enregistrés sur bande vidéo. Dans leurs déclarations, ils ont dit aux policiers que l'accusé avait

of a knife. The accused was charged with second degree murder and tried in Youth Court. At trial, the three youths recanted their earlier statements and, during the Crown's cross-examination pursuant to s. 9 of the *Canada Evidence Act*, they stated they had lied to the police to exculpate themselves from possible involvement. Although the trial judge had no doubt that the recantations were false, the witnesses' prior inconsistent statements could not be tendered as proof that the accused actually made the admissions. Under the traditional common law position, they could only be used to impeach the witnesses' credibility. In the absence of other sufficient identification evidence, the trial judge acquitted the accused and the Court of Appeal upheld the acquittal. Prior to the hearing in this Court, the three witnesses pleaded guilty to perjury as a result of their testimony at trial. In this appeal, the Crown asks this Court to reconsider the common law rule which limits the use of prior inconsistent statements to impeaching the credibility of the witness.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ.: The time has come for the rule limiting the use of prior inconsistent statements to impeaching the credibility of the witness (the "orthodox rule") to be replaced by a new rule recognizing the changed means and methods of proof in modern society. The history of the orthodox rule demonstrates that it has not enjoyed consistent or unqualified support. Considering a change to the orthodox rule is not a matter better left to Parliament; the rule itself is judge-made and lends itself to judicial reform, and it is a natural and incremental progression in the development of the law of hearsay in Canada by this Court. The guidelines which direct this Court's exercise of its jurisdiction to overrule its previous decisions adopting the orthodox rule do not suggest that it should do anything other than what it thinks best in reconsidering the orthodox rule: a reformed rule would not violate the *Charter*, the existing rule has been attenuated by developments in the law of hearsay and is somewhat, if not overly, technical, and reforming the rule would not directly expand the scope of criminal liability.

reconnu, au cours d'une conversation avec eux, qu'il croyait avoir tué la victime avec un couteau. L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré et il a subi un procès devant le tribunal pour adolescents. Au procès, les trois jeunes gens ont rétracté leurs déclarations antérieures et, au cours du contre-interrogatoire mené par le ministère public conformément à l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ils ont dit qu'ils avaient menti aux policiers pour se disculper. Bien que le juge du procès ait été certain que leur rétractation était fausse, les déclarations antérieures incompatibles des témoins n'ont pu être utilisées pour prouver que l'accusé avait vraiment fait les aveux. Selon la conception traditionnelle en common law, elles ne pouvaient être utilisées que pour attaquer la crédibilité des témoins. En l'absence d'autres éléments de preuve suffisants relativement à l'identification, le juge du procès a acquitté l'accusé, et la Cour d'appel a maintenu l'acquittement. Avant l'audition du présent pourvoi devant notre Cour, les trois témoins ont plaidé coupables à une accusation de parjure en raison de leur témoignage au procès. En l'espèce, le ministère public demande à notre Cour de réexaminer la règle de common law selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne peuvent servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, McLachlin et Iacobucci: Le temps est venu de remplacer la règle selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne peuvent servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin (la «règle orthodoxe») par une nouvelle règle qui traduise les nouveaux moyens et les nouvelles méthodes de preuve dans la société moderne. L'historique de la règle orthodoxe démontre qu'elle n'a pas joui d'un appui uniforme et inconditionnel. La modification de la règle orthodoxe n'est pas une question qu'il serait préférable de laisser au législateur; la règle a elle-même été énoncée par les juges et se prête à la réforme judiciaire, et sa modification s'inscrit dans l'évolution naturelle du droit en matière de oui-dire, au Canada, tel qu'établi par notre Cour. Il ne ressort pas des principes directeurs, qui guident notre Cour dans l'exercice de sa compétence pour réformer les arrêts antérieurs dans lesquels elle a adopté la règle orthodoxe, que notre Cour doive faire autre chose que ce qu'elle juge à propos dans le réexamen de la règle orthodoxe: une règle réformée ne porterait pas atteinte à la *Charte*, la règle existante a été atténuée par l'évolution des règles de droit en matière de oui-dire et elle est un peu, voire trop, formaliste, et réformer la règle n'élargirait pas directement la portée de la responsabilité criminelle.

A reformed rule must carefully balance the accused's interests in a criminal trial with the interests of society in seeing justice done. Since the orthodox rule is an incarnation of the hearsay rule, a reformed rule must also deal with the "hearsay dangers" of admitting prior inconsistent statements for the truth of their contents—namely, the absence of an oath or solemn affirmation when the statement was made, the inability of the trier of fact to assess the demeanour, and therefore the credibility, of the declarant when the statement was made, and the lack of contemporaneous cross-examination by the opponent.

Following this Court's decisions in *Khan* and *Smith*, evidence of prior inconsistent statements of a witness other than an accused should be substantively admissible on a principled basis, the governing principles being the reliability of the evidence and its necessity. These criteria, however, must be adapted to the present context. As a threshold matter, the prior inconsistent statements will only be admissible if they would have been admissible as the witness's sole testimony, lest what would be excluded as the witness's primary evidence be admitted under the reformed rule simply because the witness has recanted.

The focus of the inquiry in the case of prior inconsistent statements is on the comparative reliability of the prior statement and the testimony offered at trial. Additional indicia and guarantees of reliability to those outlined in *Khan* and *Smith* must thus be secured in order to bring the prior statement to a comparable standard of reliability before such statements are admitted as substantive evidence. In this context, the absence of an oath and the inability of the trier of fact to assess the declarant's demeanour are the only "hearsay dangers" which present real concerns. The criterion of reliability will therefore be satisfied when the circumstances in which the prior statement was made provide sufficient guarantees of its trustworthiness with respect to these two dangers.

There will be sufficient circumstantial guarantees of reliability to allow the jury to make substantive use of the statement: (1) if the statement is made under oath, solemn affirmation or solemn declaration following an explicit warning to the witness as to the existence of severe criminal sanctions for the making of a false statement; (2) if the statement is videotaped in its entirety; and (3) if the opposing party, whether the Crown or the

a La règle réformée doit bien peser les intérêts respectifs de l'accusé dans le procès criminel et de la société dans l'administration de la justice. Puisque la règle orthodoxe est une incarnation de la règle du ouï-dire, la nouvelle règle doit également obvier aux «dangers du ouï-dire» que comporte l'admission de déclarations antérieures incompatibles comme preuve de leur véracité, soit l'absence de serment ou d'affirmation solennelle au moment où la déclaration a été faite, l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement et, par conséquent, la crédibilité de l'auteur de la déclaration au moment où il l'a faite, et l'absence de contre-interrogatoire par l'adversaire au moment précis où la déclaration a été faite.

b c La preuve des déclarations antérieures incompatibles d'un témoin, autre que l'accusé, doit être admissible quant au fond, d'après les principes applicables conformément aux arrêts de notre Cour, *Khan* et *Smith*, les principes fondamentaux étant la fiabilité de la preuve et sa nécessité. Ces facteurs doivent toutefois être adaptés au contexte présent. Préalablement, ne seront admissibles que les déclarations antérieures incompatibles qui auraient été admissibles si elles constituaient la seule déposition du témoin, de crainte que ce qui serait écarté, à titre de preuve primaire du témoin, ne soit admis en application de la règle réformée simplement parce que le témoin s'est rétracté.

d e f g h Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'examen est axé sur la fiabilité relative de la déclaration antérieure et du témoignage entendu au procès. Des indices et garanties de fiabilité autres que ceux énoncés dans les arrêts *Khan* et *Smith* doivent donc être prévus afin que la déclaration antérieure soit soumise à une norme de fiabilité comparable avant d'être admise quant au fond. Dans ce contexte, l'absence de serment et l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement de l'auteur de la déclaration sont les seuls «dangers du ouï-dire» qui soient vraiment préoccupants. Par conséquent, on aura satisfait à l'exigence de fiabilité si les circonstances dans lesquelles la déclaration antérieure a été faite fournissent des garanties suffisantes de son exactitude relativement à ces deux dangers du ouï-dire.

i j Il y aura des garanties circonstancielles de fiabilité suffisantes pour que la déclaration soit soumise au jury à titre de preuve de fond (1) si la déclaration est faite sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles après une mise en garde expresse au témoin quant à l'existence de sanctions criminelles sévères à l'égard d'une fausse déclaration, (2) si la déclaration est enregistrée intégralement sur bande vidéo, et (3) si la partie adver-

defence, has a full opportunity to cross-examine the witness at trial respecting the statement. Alternatively, other circumstantial guarantees of reliability may suffice to render such statements substantively admissible, provided that the judge is satisfied that the circumstances provide adequate assurances of reliability in place of those which the hearsay rule traditionally requires. With the oath, solemn affirmation or solemn declaration and the warning, the first "hearsay danger" is satisfied. The witness is clearly made aware of the gravity of the situation and his duty to tell the truth. The presence of an oath, solemn affirmation or solemn declaration also increases the evidentiary value of the statement when it is admitted at trial. The trier of fact will have the opportunity to choose between two sworn statements and will not be asked to accept unsworn testimony over sworn testimony, or to render a verdict based on unsworn testimony. While it is true that the oath in itself has no power to ensure truthfulness in some witnesses, the fact that both statements were made under oath removes resort to the absence of an oath as an indicium of the alleged unreliability of the prior inconsistent statement. With a videotaped statement, the second "hearsay danger" is also satisfied. The indicia of credibility, and therefore reliability, are available to the trier of fact. Not only does the trier have access to the full range of non-verbal indicia of credibility, but there is also a reproduction of the statement which is fully accurate, eliminating the danger of inaccurate recounting. In a very real sense, the evidence ceases to be hearsay, since the declarant is brought before the trier of fact. Finally, while a cross-examination of the witness at trial does not satisfy entirely the absence of contemporaneous cross-examination, given the other guarantees of trustworthiness, the third "hearsay danger" is not a sufficient reason to exclude the statement from the jury as substantive evidence. The practical difficulties in requiring contemporaneous cross-examination tip the balance in favour of allowing cross-examination at trial to serve as a substitute.

se—accusation ou défense—a la possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration. Subsidiairement, il se peut que d'autres garanties circonstancielles de fiabilité suffisent à rendre une telle déclaration admissible quant au fond, à la condition que le juge soit convaincu que les circonstances offrent des garanties suffisantes de fiabilité qui se substituent à celles que la règle du oui-dire exige habituellement. Si la déclaration est faite sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles et que le témoin a été mis en garde, le premier danger du oui-dire est écarté. On fait comprendre au témoin la gravité de la situation et son obligation de dire la vérité. Le serment, l'affirmation ou la déclaration solennelles augmentent également la valeur probante de la déclaration lorsqu'elle est admise au procès. Le juge des faits aura la possibilité de choisir entre deux déclarations faites sous serment, et il n'aura pas à accepter un témoignage qui n'a pas été fait sous serment de préférence à un autre qui l'a été, ou à rendre un verdict fondé sur un témoignage qui n'a pas été fait sous serment. S'il est vrai que le serment en soi n'est pas un gage de vérité quant à certains témoins, le fait que les deux déclarations ont été faites sous serment exclut la possibilité de soutenir que l'absence d'un serment est un indice du prétendu manque de fiabilité de la déclaration antérieure incompatible. La déclaration étant enregistrée sur bande vidéo, le deuxième danger du oui-dire est lui aussi écarté. Le juge des faits dispose des indices de crédibilité, et donc de fiabilité. Non seulement le juge des faits peut constater tous les indices non verbaux de fiabilité, mais encore il peut assister à la reproduction fidèle de la déclaration, ce qui élimine le danger de relation inexacte. D'une manière très concrète, le témoignage cesse d'être du oui-dire, car l'auteur du oui-dire comparaît devant le juge des faits. Enfin, même si le contre-interrogatoire du témoin au procès ne comble pas complètement l'absence d'un contre-interrogatoire au moment de la déclaration, vu les autres garanties de véracité, le troisième danger du oui-dire ne constitue pas une raison suffisante pour ne pas présenter la déclaration au jury comme preuve de fond. Les difficultés d'ordre pratique que pose l'exigence du contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration font pencher la balance en faveur de l'acceptation du contre-interrogatoire au procès comme substitut.

i Unavailability is not an indispensable condition of necessity. The criterion of necessity must be given a flexible definition, capable of encompassing diverse situations. In the case of prior inconsistent statements, evidence of the same value cannot be expected from the recanting witness or other sources. Where a sufficient degree of reliability is established, the trier of fact

j La non-disponibilité n'est pas une condition indispensable de la nécessité. Il faut donner au critère de la nécessité une définition souple, capable d'englober différentes situations. Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, on ne peut attendre une preuve de même valeur du témoin qui se rétracte ou d'autres sources. À supposer qu'un degré suffisant de fiabilité

should be allowed to weigh both statements in light of the witness's explanation for the change.

When a party gives notice that it will seek to make substantive use of a prior statement, the trial judge must on the *voir dire* held under s. 9 of the *Canada Evidence Act* satisfy himself that the indicia of reliability necessary to admit hearsay evidence of prior statements are present and genuine. If they are, he must then examine the circumstances under which the statement was obtained, to satisfy himself that the statement supported by the indicia of reliability was made voluntarily if to a person in authority, and that there are no other factors which would tend to bring the administration of justice into disrepute if the statement was admitted as substantive evidence. In most cases, as in this case, the party seeking to admit the prior inconsistent statement as substantive evidence will have to establish that these requirements have been satisfied on a balance of probabilities. The trial judge is not to decide whether the prior inconsistent statement is true, or more reliable than the present testimony, as that is a matter for the trier of fact. Once this process is complete, and all of its constituent elements satisfied, the trial judge need not issue the standard limiting instruction to the jury, but may instead tell the jury that they may take the statement as substantive evidence of its content, or, if he is sitting alone, make substantive use of the statement, giving the evidence the appropriate weight after taking into account all of the circumstances. In either case, the trial judge must direct the trier of fact to consider carefully these circumstances in assessing the credibility of the prior inconsistent statement relative to the witness's testimony at trial. Where the prior statement does not have the necessary circumstantial guarantees of reliability, and so cannot pass the threshold test on the *voir dire*, but the party tendering the prior statement otherwise satisfies the requirements of s. 9(1) or (2) of the *Canada Evidence Act*, the statement may still be tendered into evidence, but the trial judge must instruct the jury in the terms of the orthodox rule.

In this case, while the statements of the recanting witnesses were videotaped, and the accused's counsel had a full opportunity to cross-examine the witnesses at trial, the statements were not made under oath, solemn affirmation or by a solemn declaration. Considering himself bound by the orthodox rule, the trial judge refused to

soit établi, le juge des faits devrait être autorisé à souper les deux déclarations en tenant compte de l'explication que donne le témoin sur ce changement.

Si une partie fait part de son intention de faire admettre la déclaration comme preuve de fond, le juge du procès doit tenir un voir-dire conformément à l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* afin de s'assurer que les indices de fiabilité nécessaires pour l'admission de la preuve par oui-dire des déclarations antérieures sont présents et authentiques. Dans l'affirmative, il doit alors examiner les circonstances dans lesquelles la déclaration a été obtenue, s'assurer que, si la déclaration étayée par les indices de fiabilité a été faite à une personne en situation d'autorité, elle a été faite volontairement et qu'aucun autre facteur ne serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice si la déclaration était admise comme preuve de fond. Dans la plupart des cas, comme en l'espèce, la partie qui cherche à faire admettre les déclarations antérieures incompatibles comme preuve de fond devra établir, selon la prépondérance des probabilités, que ces conditions ont été remplies. Le juge du procès ne doit pas décider si la déclaration antérieure incompatible est vraie, ni si elle est plus digne de foi que le témoignage actuel, car cette décision revient au juge des faits. Une fois ce processus terminé et que tous ses éléments constituants ont été vérifiés, il n'est pas nécessaire que le juge du procès donne au jury la directive restrictive habituelle, mais il peut au lieu de cela dire aux jurés qu'ils peuvent considérer la déclaration comme une preuve de fond de son contenu ou, s'il siège seul, la tenir lui-même pour une preuve au fond, en lui accordant le poids approprié après avoir pris en considération l'ensemble des circonstances. Dans les deux cas, le juge doit donner comme directive au jury d'examiner soigneusement ces circonstances lorsqu'il évalue la crédibilité de la déclaration antérieure incompatible par rapport à la déposition du témoin au procès. Si la déclaration antérieure n'offre pas les garanties circonstancielles de fiabilité nécessaires, et ne satisfait donc pas au critère préliminaire examiné durant le voir-dire, mais que la partie qui présente la déclaration antérieure remplit par ailleurs les exigences prévues aux par. 9(1) ou (2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, la déclaration peut tout de même être produite en preuve, mais le juge du procès doit donner des directives au jury en conformité avec la règle orthodoxe.

En l'espèce, bien que les déclarations des témoins qui se sont rétractés aient été enregistrées sur bande vidéo et que l'avocat de l'accusé ait eu la possibilité voulue de contre-interroger les témoins au procès, les déclarations n'ont pas été faites sous serment ou affirmation ou déclaration solennnelles. Le juge du procès a refusé d'en-

consider the admissibility of the statements. Given his expressed belief that the witnesses were lying at trial, it is possible that he might have found sufficient indicia of reliability to admit the statements as substantive evidence. A new trial should be ordered at which the reformed rule relating to prior inconsistent statements will, if necessary, be applied by the trial judge, who will decide whether sufficient indicia of reliability and necessity are present in this case, and instruct the trier of fact to afford the prior statements the appropriate weight in reaching a verdict.

Per L'Heureux-Dubé and Cory JJ.: While the rule against the substantive use of prior statements should be changed, the administering of an oath or solemn affirmation should not be regarded as an essential safeguard for ensuring the veracity of a statement. Neither the taking of the oath nor the possibility of imprisonment arising from perjury charges resulting from testimony at trial can in themselves ensure that a witness will tell the truth. It is the reliability that can be placed upon the statement that should determine its admissibility. That reliability will depend on a number of factors, among others, whether the witness giving the statement is subject to criminal prosecution for making a deliberately false statement. The less stringent requirements for prosecution for offences like obstructing justice, fabricating evidence or public mischief, which, unlike perjury, do not require corroboration, and the more frequent prosecutions for these offences would have a better deterrent effect upon those who might be prone to make false statements. A requirement that the police administer an oath to the witness cannot further deter the witness from lying and seems to be superfluous. Liability for these offences does not rest in any way on the oath and a witness cannot be found guilty of perjury arising from a sworn declaration made in the course of a criminal investigation. The absence of the oath should thus not presumptively stand in the way of the admissibility for substantive purposes of a prior inconsistent statement. Although it would be preferable to give a warning to a witness of the possibility of criminal proceedings if that person gives a false statement, it may not be essential to give such a warning in order to render the statement admissible. Canadians are well aware and indeed expect that witnesses who make deliberately false statements to the police would be subject to criminal prosecution.

A videotaped statement with its complete and comprehensive record of the questions posed, the answers given and the demeanour of the witness, will often serve

visager l'admissibilité des déclarations, se considérant lié par la règle orthodoxe. Le juge s'étant dit convaincu que les témoins mentaient au procès, il est possible qu'il aurait pu trouver des indices suffisants de fiabilité pour admettre les déclarations comme preuve de fond. Il y aurait lieu d'ordonner un nouveau procès au cours duquel le juge du procès appliquera, si nécessaire, la nouvelle règle régissant les déclarations antérieures incompatibles, décidera si, en l'espèce, il existe des indices suffisants de fiabilité et de nécessité, et donnera comme directive au juge des faits d'accorder aux déclarations antérieures le poids qu'il convient pour rendre un verdict.

Les juges L'Heureux-Dubé et Cory: Même si la règle interdisant l'utilisation quant au fond des déclarations antérieures doit être revue, le serment ou l'affirmation solennelle ne devraient pas être considérés comme des garanties essentielles de la véracité d'une déclaration. Ni la prestation de serment ni l'éventualité d'un emprisonnement à la suite d'accusations de parjure découlant de son témoignage n'assurent à elles seules que le témoin dira la vérité. Ce qui devrait plutôt en déterminer l'admissibilité c'est sa fiabilité. Cette fiabilité tient à plusieurs facteurs et, entre autres, le fait que l'auteur de la déclaration s'expose ou non à une poursuite criminelle en raison d'une déclaration délibérément fausse. Les conditions moins rigoureuses pour intenter des poursuites et le plus grand nombre de poursuites intentées dans les cas d'entrave à la justice, de fabrication de preuve ou de méfait public (qui, contrairement au parjure, n'exigent pas de corroboration) auraient un effet de dissuasion plus fort sur ceux qui pourraient être enclins à faire de fausses déclarations. Obliger la police à faire prêter serment ne peut pas dissuader davantage le témoin de mentir et semble superflu. La responsabilité dans le cas de ces infractions n'a rien à voir avec le serment et un témoin ne peut être déclaré coupable de parjure pour une déclaration faite sous serment au cours d'une enquête criminelle. L'absence du serment ne devrait donc pas faire naître de présomption d'inadmissibilité quant au fond d'une déclaration antérieure incompatible. Bien qu'il soit préférable d'avertir un témoin qu'il s'expose à des poursuites criminelles s'il fait une fausse déclaration, cette mise en garde n'est pas essentielle à l'admissibilité de la déclaration. Les Canadiens acceptent, et même s'attendent, que les auteurs de déclarations délibérément fausses à la police fassent l'objet de poursuites criminelles.

j Parce qu'elle offre un enregistrement complet et intégral des questions posées, des réponses données et du comportement du témoin, la déclaration sur bande vidéo

as a complete answer to the issues of reliability and voluntariness of the statement. It is not essential, however, that a statement be videotaped in order to be admissible. Where a complete and comprehensive record of the statement is preserved together with satisfactory evidence of the circumstances of the interview and the demeanour of the witness all the requirements on this count will be met. If the prior statement, while not videotaped, meets all the criteria of reliability it should be admissible.

While at the time the statement was made the witness was not subjected to the rigours of cross-examination, if the prior statement is ruled admissible then the witness will be subject to cross-examination at trial where the trier of fact will be able to study the witness's demeanour throughout his testimony and to assess what weight, if any, should be attached to all the evidence of the witness including the prior statement. The opposing party, whether the Crown or the defence, will also be able to explore the witness's reasons for the court room recantation and the veracity of his testimony.

A prior inconsistent statement should be admitted for all purposes if upon a *voir dire* the trial judge is satisfied beyond a reasonable doubt that the following conditions are met: (1) the evidence contained in the prior statement is such that it would be admissible if given in court; (2) the statement has been made voluntarily by the witness and is not the result of any undue pressure, threats or inducements; (3) the statement was made in circumstances, which viewed objectively would bring home to the witness the importance of telling the truth; (4) that the statement is reliable in that it has been fully and accurately transcribed or recorded; and (5) the statement was made in circumstances that the witness would be liable to criminal prosecution for giving a deliberately false statement.

If at the conclusion of the *voir dire* the prior inconsistent statement is ruled admissible for all purposes then, at some time, the trial judge should advise the jury that, although the statement has been ruled admissible, it is up to them to decide what weight, if any, they should attach to it. In assessing the statement, the jury should take into account all the circumstances in which it was made and should be instructed that they may consider that the statement should be given less weight because it was not subject to cross-examination at the time it was made and because there was not the same opportunity to

a résoudra fréquemment les questions de la fiabilité et du caractère volontaire de la déclaration. Toutefois, il n'est pas indispensable que la déclaration soit enregistrée sur bande vidéo pour être admissible. Si un dossier complet et global de la déclaration est conservé, de même qu'une preuve satisfaisante des circonstances entourant l'interrogatoire et du comportement du témoin, toutes les conditions à cet égard seront remplies. La déclaration antérieure, même si elle n'a pas été enregistrée sur bande vidéo, devrait être admissible si elle satisfait à tous les critères de fiabilité.

b Bien qu'au moment de sa déclaration le témoin n'ait pas été soumis aux rrigueurs d'un contre-interrogatoire, si sa déclaration antérieure est jugée admissible, le témoin subira alors un contre-interrogatoire au procès et le juge des faits pourra étudier son comportement tout au long de la déposition et évaluer l'importance qu'il devrait accorder, le cas échéant, à tout le témoignage, y compris la déclaration antérieure. La partie adverse, que ce soit le ministère public ou la défense, sera aussi en mesure d'étudier les raisons de la rétractation en salle d'audience et la véracité de son témoignage.

c Une déclaration antérieure incompatible doit être admise à toutes les fins si, après un voir-dire, le juge du procès est convaincu hors de tout doute raisonnable que les conditions suivantes sont remplies: (1) la preuve contenue dans la déclaration antérieure serait admissible si celle-ci était faite devant la cour; (2) la déclaration a été faite volontairement par le témoin et elle n'est pas le résultat d'une pression excessive, de menaces ou de promesses de récompenses; (3) la déclaration a été faite dans des circonstances qui, considérées objectivement, feraient bien comprendre au témoin l'importance de dire la vérité; (4) la déclaration est fiable puisqu'elle a été transcrise ou enregistrée intégralement et fidèlement; et (5) la déclaration a été faite alors que le témoin s'exposait à des poursuites criminelles s'il faisait une déclaration délibérément fausse.

d Si, à la clôture du voir-dire, la déclaration antérieure incompatible est jugée admissible à toutes les fins, le juge du procès devrait, à un certain moment, informer les jurés que, même si la déclaration est jugée admissible, il leur appartient de décider de l'importance à lui accorder. Dans son appréciation de la déclaration, le jury devrait tenir compte de toutes les circonstances qui l'ont entourée et il devrait également savoir qu'il peut décider d'accorder à la déclaration une moins grande importance parce qu'elle n'a pas été soumise à un contre-interrogatoire au moment où elle a été faite et parce

assess the demeanour of the witness as there would have been had the statement been made in court.

In this case, an analysis of the conditions of admissibility indicates that it would be open to a judge conducting a *voir dire* at a new trial to find that the prior inconsistent statements met all the conditions for admissibility.

The *Khan* and *Smith* approach to hearsay evidence provides an alternative justification for changing the interpretation of s. 9 of the *Canada Evidence Act* as long as the threshold tests for reliability set out above are made a part of this approach.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; **not followed:** *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; **considered:** *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588; *R. v. Duckworth* (1916), 26 C.C.C. 314; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; **referred to:** *Attorney General v. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *State v. Saporen*, 285 N.W. 898 (1939); *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970); *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321 (C.A.), leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. xiv; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Omychund v. Barker* (1744), 1 Atk. 21, 26 E.R. 15; *Reference re Truscott*, [1967] S.C.R. 309; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23; *Wright v. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143; *Paramore v. State*, 229 So.2d 855 (1969).

By Cory J.

Not followed: *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; **considered:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v.*

qu'il n'a pas eu la même possibilité d'évaluer le comportement du témoin que si la déclaration avait été faite devant la cour.

En l'espèce, l'analyse des conditions d'admissibilité indique qu'il serait loisible au juge qui préside le voir-dire de conclure que les déclarations antérieures incompatibles remplissent toutes les conditions d'admissibilité.

La méthode énoncée dans les arrêts *Khan* et *Smith* pour la preuve par oui-dire offre une autre justification pour modifier l'interprétation de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, dans la mesure où les critères préliminaires d'admissibilité énoncés ci-dessus y sont incorporés.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; **arrêt non suivi:** *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; **arrêts examinés:** *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588; *R. c. Duckworth* (1916), 26 C.C.C. 314; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; **arrêts mentionnés:** *Attorney General c. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *State c. Saporen*, 285 N.W. 898 (1939); *California c. Green*, 399 U.S. 149 (1970); *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. xiv; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Omychund c. Barker* (1744), 1 Atk. 21, 26 E.R. 15; *Reference re Truscott*, [1967] R.C.S. 309; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *Wright c. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143; *Paramore c. State*, 229 So.2d 855 (1969).

Citée par le juge Cory

Arrêt non suivi: *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; **arrêts examinés:** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531;

Smith, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Boisjoly*, [1972] S.C.R. 42; referred to: *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. L.S.L.* (1991), 89 Sask. R. 267; *R. v. Gravelle* (1952), 103 C.C.C. 250; *R. v. MacGillivray* (1971), 3 Nfld. & P.E.I.R. 227; *R. v. Feger* (1989), 36 Q.A.C. 26; *R. v. J.(J.)* (1988), 65 C.R. (3d) 371 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1989] 1 S.C.R. ix; *R. v. Stapleton* (1982), 66 C.C.C. (2d) 231; *R. v. Howard* (1972), 7 C.C.C. (2d) 211; *Lessard v. La Reine*, [1965] Que. Q.B. 631; *R. v. Sevick* (1930), 54 C.C.C. 92; *R. v. Edwards* (1986), 47 Sask. R. 303; *R. v. Verma* (1980), 28 A.R. 233; *R. v. Lindstrom* (1977), 33 N.S.R. (2d) 369; *R. v. Martin* (1969), 12 Crim. L.Q. 201; *R. v. Snider* (1953), 17 C.R. 136; *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970); *Di Carlo v. United States*, 6 F.2d 364 (1925); *Gibbons v. State*, 286 S.E.2d 717 (1982); *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297; *Coulombe v. La Reine*, [1976] C.A. 327.

Statutes and Regulations Cited

Act for the suppression of Voluntary and Extra-Judicial Oaths, S.C. 1874, c. 37.

Act respecting Procedure in Criminal Cases, and other matters relating to Criminal Law, S.C. 1869, c. 29, s. 68.

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 9.

Civil Evidence Act 1968 (U.K.), 1968, c. 64, s. 3(1)(a).

Common Law Procedure Act, 1854 (U.K.), 17 & 18 Vict., c. 125, s. 22.

Constitution of the United States, Sixth Amendment.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 131 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 17], 134 [*idem*], 137, 139(2), 140(1) [*idem*, s. 19].

Criminal Law Amendment Act, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 6.

Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 17.

Federal Rules of Evidence, 28 U.S.C. app., Rule 801(d)(1)(A).

Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 56(2)(c), (d).

Authors Cited

Canada. Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal/Provincial Task Force on the Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswell, 1982.

R. c. Smith, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Boisjoly*, [1972] R.C.S. 42; arrêts mentionnés: *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. c. L.S.L.* (1991), 89 Sask. R. 267; *R. c. Gravelle* (1952), 103 C.C.C. 250; *R. c. MacGillivray* (1971), 3 Nfld. & P.E.I.R. 227; *R. c. Feger* (1989), 36 Q.A.C. 26; *R. c. J.(J.)* (1988), 65 C.R. (3d) 371 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. ix; *R. c. Stapleton* (1982), 66 C.C.C. (2d) 231; *R. c. Howard* (1972), 7 C.C.C. (2d) 211; *Lessard c. La Reine*, [1965] B.R. 631; *R. c. Sevick* (1930), 54 C.C.C. 92; *R. c. Edwards* (1986), 47 Sask. R. 303; *R. c. Verma* (1980), 28 A.R. 233; *R. c. Lindstrom* (1977), 33 N.S.R. (2d) 369; *R. c. Martin* (1969), 12 Crim. L.Q. 201; *R. c. Snider* (1953), 17 C.R. 136; *California c. Green*, 399 U.S. 149 (1970); *Di Carlo c. United States*, 6 F.2d 364 (1925); *Gibbons c. State*, 286 S.E.2d 717 (1982); *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297; *Coulombe c. La Reine*, [1976] C.A. 327.

Lois et règlements cités

Acte concernant la Procédure dans les causes criminelles ainsi que certaines autres matières relatives à la loi criminelle, S.C. 1869, ch. 29, art. 68.

Acte pour la suppression des serments volontaires et extrajudiciaires, S.C. 1874, ch. 37.

Civil Evidence Act 1968 (R.-U.), 1968, ch. 64, art. 3(1)a).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 131 [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 17], 134 [*idem*], 137, 139(2), 140(1) [*idem*, art. 19].

Common Law Procedure Act, 1854 (R.-U.), 17 & 18 Vict., ch. 125, art. 22.

Constitution des États-Unis, Sixième amendement.

Federal Rules of Evidence, 28 U.S.C. app., règle 801d)(1)(A).

Loi de 1975 modifiant le droit criminel, S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 6.

Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, ch. 19, art. 17.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 9.

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 56(2)c), d).

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit du Canada. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.

- Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.
- Delisle, Ronald Joseph. "Cross-examination of Own Witness on Previous Inconsistent Statement—s. 9(2) Canada Evidence Act" (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 162. *a*
- Delisle, Ronald Joseph. *Evidence: Principles and Problems*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Dugdale, D. F. "Against oath-taking", [1985] *N.Z.L.J.* 404.
- Graham, Michael H. "Employing Inconsistent Statements for Impeachment and as Substantive Evidence: A Critical Review and Proposed Amendments of Federal Rules of Evidence 801(d)(1)(A), 613, and 607" (1977), 75 *Mich. L. Rev.* 1565. *b*
- Grant, Alan. "Videotaping Police Questioning: a Canadian Experiment", [1987] *Crim. L.R.* 375. *c*
- Heaton-Armstrong, Anthony, and David Wolchover. "Recording Witness Statements", [1992] *Crim. L.R.* 160.
- Laskin, Bora. "The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada" (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 469. *d*
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992. *e*
- Miller, Joyce. *The Audio-Visual Taping of Police Interviews With Suspects and Accused Persons by Halton Regional Police Force: An Evaluation*. Ottawa: Law Reform Commission, 1988.
- Morden, John Wilson. "Evidence—Proof of Own Witness's Prior Inconsistent Statement Where "Adverse"—Section 24, Evidence Act (Ont.)" (1962), 40 *Can. Bar Rev.* 96. *f*
- Morgan, Edmund M. "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept" (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177. *g*
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: The Commission, 1976.
- Schiff, Stanley. "The Previous Inconsistent Statement of Opponent's Witness" (1986), 36 *U.T.L.J.* 440. *h*
- Stuesser, Lee. "Admitting Prior Inconsistent Statements For Their Truth" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 48.
- United States. Senate. Senate Report No. 93-1277, 93rd Cong., 2d Sess. (1974), reprinted in [1974] *U.S. Cong. & Adm. News* 7051. *i*
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970. *j*
- Canada. Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*. Cowansville: Yvon Blais, 1983.
- Delisle, Ronald Joseph. «Cross-examination of Own Witness on Previous Inconsistent Statement—s. 9(2) Canada Evidence Act» (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 162.
- Delisle, Ronald Joseph. *Evidence: Principles and Problems*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Dugdale, D. F. «Against oath-taking», [1985] *N.Z.L.J.* 404.
- Graham, Michael H. «Employing Inconsistent Statements for Impeachment and as Substantive Evidence: A Critical Review and Proposed Amendments of Federal Rules of Evidence 801(d)(1)(A), 613, and 607» (1977), 75 *Mich. L. Rev.* 1565.
- Grant, Alan. «Videotaping Police Questioning: a Canadian Experiment», [1987] *Crim. L.R.* 375.
- Heaton-Armstrong, Anthony, and David Wolchover. «Recording Witness Statements», [1992] *Crim. L.R.* 160.
- Laskin, Bora. «The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada» (1975), 53 *R. du B. can.* 469.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- Miller, Joyce. *L'enregistrement magnétoscopique des interrogatoires des suspects et des accusés par la police régionale de Halton: sommaire d'une évaluation*. Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1988.
- Morden, John Wilson. «Evidence—Proof of Own Witness's Prior Inconsistent Statement Where «Adverse»—Section 24, Evidence Act (Ont.)» (1962), 40 *R. du B. can.* 96.
- Morgan, Edmund M. «Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept» (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: La Commission, 1976.
- Schiff, Stanley. «The Previous Inconsistent Statement of Opponent's Witness» (1986), 36 *U.T.L.J.* 440.
- Stuesser, Lee. «Admitting Prior Inconsistent Statements For Their Truth» (1992), 71 *R. du B. can.* 48.
- United States. Senate. Senate Report No. 93-1277, 93rd Cong., 2d Sess. (1974), reprinted in [1974] *U.S. Cong. & Adm. News* 7051.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 49 O.A.C. 30, dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of second degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

S. Casey Hill and Scott C. Hutchison, for the appellant.

Keith E. Wright and Mary E. Misener, for the respondent.

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

LAMER C.J.—The issue in this appeal is the substantive admissibility of prior inconsistent statements by a witness other than an accused. The Crown asks this Court to reconsider the common law rule which limits the use of such statements to impeaching the credibility of the witness. In my opinion, the time has come for the orthodox rule to be replaced by a new rule recognizing the changed means and methods of proof in modern society.

I — The Facts

On April 24, 1988, Joseph Wright and his brother Steven got off a bus at an intersection in Scarborough, Ontario. The brothers crossed the street and began walking home. At about the same time, the respondent and three other young men were driving past the same intersection. An argument started between the group in the car and the two men on the street and shortly thereafter a fight occurred. The brothers were unarmed. In the course of the fight one of the four persons from the vehicle pulled a knife, slashing twice at Joseph's face and then stabbing him in the chest. The stab

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 49 O.A.C. 30, qui a rejeté l'appel du ministère public contre l'acquittement de l'accusé relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

S. Casey Hill et Scott C. Hutchison, pour l'appelante.

Keith E. Wright et Mary E. Misener, pour l'intimé.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER—La question en litige dans le présent pourvoi est l'admissibilité quant au fond des déclarations antérieures incompatibles d'un témoin autre que l'accusé. Le ministère public demande à notre Cour de réexaminer la règle de common law selon laquelle de telles déclarations ne peuvent servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin. À mon avis, le temps est venu de remplacer la règle orthodoxe par une nouvelle règle qui traduise les nouveaux moyens et les nouvelles méthodes de preuve dans la société moderne.

I — Les faits

Le 24 avril 1988, Joseph Wright et son frère Steven descendant d'un autobus à une intersection à Scarborough, en Ontario. Les frères traversent la rue et se dirigent vers leur domicile. À peu près au même moment, l'intimé et trois autres jeunes gens passent en voiture à la même intersection. Une dispute s'élève entre le groupe dans la voiture et les deux hommes à pied et peu après, c'est la bagarre. Les frères ne sont pas armés. Pendant la bagarre, l'une des quatre personnes sorties de la voiture brandit un couteau, balafré le visage de Joseph à deux reprises, puis lui enfonce le couteau dans la

wound to the chest penetrated Joseph's heart and killed him. The four young men then fled the scene.

About two weeks later, the three young men involved with the respondent in the incident were interviewed separately by the police. While the appellant states that the three witnesses approached the police to make their statements, the respondent notes that two of the witnesses testified that they approached the police only after the police came to their homes in connection with the police investigation of the killing, and the third witness testified that it was his mother's idea that he give a statement to the police. Each was accompanied by a parent and in one case by a lawyer and each was advised of his right to counsel. It was also made clear that they were under no obligation to answer questions put to them by the police, and while the police told the witnesses that they were not charged with any offence, the interviewers also added the qualification "at this time" in two of the interviews. With the youths' consent the interviews were videotaped.

In their statements, the three young men told the police that the respondent had made statements to them in which he acknowledged that he thought he had, or had, caused the death of the deceased by the use of a knife. The respondent was charged with second degree murder and he entered a plea of not guilty. Following an unsuccessful attempt by the Crown to have the case transferred to adult court, the respondent's trial commenced before Judge MacDonnell in Youth Court on November 14, 1989.

When called at trial by the Crown, the three young men refused to adopt their earlier statements respecting the admissions made by the respondent. The trial judge allowed the Crown to cross-examine them on their prior statements pursuant to s. 9 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. They admitted they had made the statements to the police but said that they had lied to the police and that the respondent had not in fact made

poitrine et lui perce le cœur. Joseph meurt. Les quatre jeunes gens s'enfuient.

Environ deux semaines plus tard, les trois jeunes gens impliqués dans l'incident avec l'intimé sont interrogés séparément par la police. Bien que l'appelante affirme que les trois témoins se sont présentés au poste de police pour faire leur déclaration, l'intimé fait remarquer que deux d'entre eux ont témoigné s'être présentés au poste seulement après que les policiers se furent rendus à leur domicile pour enquêter sur l'homicide et que le troisième a témoigné avoir fait une déclaration à la police à la suggestion de sa mère. Chacun d'eux était accompagné de l'un de ses parents et l'un d'eux, d'un avocat, et chacun a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat. On leur a bien fait comprendre qu'ils n'étaient pas obligés de répondre aux questions que leur posaient les policiers et, quoique les policiers aient dit aux témoins qu'aucune accusation n'était portée contre eux, au cours de deux des interrogatoires, ceux qui les interrogeaient ont ajouté cette réserve: [TRADUCTION] «pour l'instant». Avec le consentement des jeunes, les interrogatoires ont été enregistrés sur bande vidéo.

Dans leurs déclarations, les trois jeunes gens ont dit aux policiers que l'intimé avait reconnu, au cours d'une conversation avec eux, qu'il croyait avoir tué, ou qu'il avait tué, la victime avec un couteau. L'intimé a été inculpé de meurtre au deuxième degré et il a plaidé non coupable. Après que le ministère public eut tenté sans succès de faire renvoyer la cause devant le tribunal pour adultes, le procès de l'intimé a commencé le 14 novembre 1989 devant le juge MacDonnell du Tribunal pour adolescents.

Témoins à charge, les trois jeunes gens ont refusé de reconnaître leurs déclarations antérieures au sujet des aveux de l'intimé. Le juge du procès a permis au ministère public de les contre-interroger sur leurs déclarations antérieures conformément à l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Ils ont admis avoir fait les déclarations à la police, mais ont dit qu'ils avaient menti et qu'en réalité, l'intimé n'avait pas fait les décla-

the incriminating statements that they had previously attributed to him. Their explanation for having lied to the police was that they did so to exculpate themselves from possible involvement. They claimed to have either forgotten what occurred when the respondent was alleged to have made his inculpatory statements, or to have not heard the respondent.

The trial judge held that the only use that could be made of the prior inconsistent statements of the three witnesses was with respect to their credibility, and that the prior inconsistent statements could not be used as evidence of the truth of the matters stated therein; that is, they could not be tendered as proof that the respondent actually made the admissions. The only other evidence of the identity of the assailant was identification evidence provided by the victim's brother, who identified the accused at trial (in a "dock" identification with little evidential value) and testified as to the appearance of the deceased's assailant. The trial judge found that the dock identification was "naked opinion given 19 months after the event", and that the brother had only a poor opportunity to observe his brother's attacker. Doubts also existed in connection with his latter evidence because of several inconsistencies between elements of his description of the attacker shortly after the incident and elements of his description at trial, including: the type of jacket and pants worn by the assailant, the clothing of the other youths, and the height and weight of the assailant relative to the other youths. At trial, the respondent argues, several other elements of the brother's description did not match the respondent's characteristics, including: the colour of the respondent's skin relative to the other youths, the fact that the assailant held the knife in his right hand while the respondent was described as left-handed by two of the recanting witnesses, whether the assailant wore jewellery, and the colour of the assailant's hair.

As a result of the doubt which existed with respect to the issue of identification, and in the absence of other admissible evidence, the trial judge acquitted the respondent.

ratons incriminantes qu'ils lui avaient attribuées. Ils ont expliqué avoir menti aux policiers pour se disculper. Ils ont prétendu qu'ils avaient oublié ce qui s'était passé quand l'intimé leur aurait fait des déclarations incriminantes, ou qu'ils ne l'avaient pas entendu.

b Le juge du procès a décidé que les déclarations antérieures incompatibles des trois témoins ne pouvaient servir qu'à attaquer leur crédibilité et qu'elles ne pouvaient être utilisées comme preuve de la véracité de leur contenu; c'est-à-dire qu'elles ne pouvaient pas être utilisées pour prouver que l'intimé avait vraiment fait des aveux. La seule autre preuve de l'identité de l'agresseur était l'identification par le frère de la victime, qui l'a identifié au procès (au banc des accusés, ce qui constitue un élément de preuve de peu de valeur) et a témoigné au sujet de l'apparence de l'agresseur de la victime. Le juge du procès a décidé que cette identification représentait [TRADUCTION] «une simple opinion donnée 19 mois après le fait» et que le témoin n'avait pas eu la possibilité de bien observer l'agresseur de son frère. Son témoignage ultérieur a aussi suscité des doutes parce qu'il comportait plusieurs contradictions entre la description qu'il a faite de l'agresseur peu après l'incident et celle qu'il a faite au procès, notamment quant aux points suivants: le type de blouson et de pantalon de l'agresseur, les vêtements des autres jeunes gens et la taille et le poids de l'agresseur par rapport à ceux des autres. Au dire de l'intimé, plusieurs autres éléments de la description donnée par le frère au procès ne correspondent pas aux caractéristiques de l'intimé, dont ceux-ci: la couleur de la peau de l'intimé par rapport à celle des autres jeunes gens, le fait que l'agresseur tenait le couteau dans sa main droite alors que deux des témoins qui se sont rétractés ont dit que l'intimé était gaucher, la question de savoir si l'agresseur portait des bijoux et la couleur de ses cheveux.

c

d

e

f

g

h

i

j En raison du doute qui existait relativement à l'identification et en l'absence d'autres éléments de preuve admissibles, le juge du procès a acquitté l'intimé.

The appellant appealed the acquittal to the Court of Appeal for Ontario, which stated that it was bound by the decisions of this Court, and accordingly dismissed the appeal.

Between the filing of the parties' *facta* and the hearing of this appeal, the three witnesses pleaded guilty to perjury. The Crown brought a motion on the day of oral argument in this appeal to adduce this new evidence which it asserted was relevant to two issues: (i) whether the operation of a revised rule would tend to enhance or detract from the public's perception of and respect for the administration of justice, and (ii) whether the application of the orthodox rule had caused a miscarriage of justice in this case. Counsel for the respondent consented to the admission of this fresh evidence on this basis and for this purpose alone, and not as evidence of the respondent's innocence or guilt. Counsel for the Crown agreed to this limitation.

L'appelante a formé un appel de l'acquittement devant la Cour d'appel de l'Ontario, qui a déclaré qu'elle était liée par les arrêts de notre Cour et qui, en conséquence, a rejeté l'appel.

Entre la date du dépôt des mémoires des parties et celle de l'audition du présent pourvoi, les trois témoins ont plaidé coupables à une accusation de parjure. Le ministère public a présenté une requête le jour des plaideries dans le présent pourvoi en vue de produire cette nouvelle preuve qui était, à son avis, pertinente par rapport à deux questions: premièrement, si une règle révisée tendrait à améliorer ou à dégrader l'image de l'administration de la justice dans le public et à augmenter ou à diminuer le respect du public pour celle-ci; deuxièmement, si l'application de la règle orthodoxe a entraîné une erreur judiciaire en l'espèce. L'avocat de l'intimé a consenti à l'admission de ces nouveaux éléments de preuve sur cette base et à cette seule fin, et non pour ce qui est d'établir l'innocence ou la culpabilité de l'intimé. L'avocat du ministère public a consenti à cette limitation.

II — Judgments Below

Youth Court

Judge MacDonnell first assessed the evidence with respect to the events which led up to Joseph Wright's death and found that the victim's brother essentially told the truth regarding the sequence of events preceding and during the fight. He rejected the evidence of the three young men who were present in the car with the respondent. Judge MacDonnell held:

... those three witnesses were obviously and deliberately untruthful in their sworn evidence before me with respect to material matters. Their account of how this fight occurred is not only at odds with the evidence of Steven Wright, Sean Dowling and in my opinion, Ruth Kazan [two independent witnesses], it is at odds with common sense.

Judge MacDonnell next considered whether the Crown had proved that the person who used the knife was the respondent. In this regard, the judge found that the identification evidence of the victim's brother was weak and could not, standing by

II — Les juridictions inférieures

Le Tribunal pour adolescents

Le juge MacDonnell a d'abord évalué la preuve relative aux faits qui ont amené le décès de Joseph Wright et il a conclu que le frère de la victime avait, pour l'essentiel, dit la vérité au sujet du déroulement des faits avant et pendant la bagarre. Il a écarté les témoignages des trois jeunes gens qui se trouvaient dans la voiture avec l'intimé. Il a décidé ce qui suit:

[TRADUCTION] ... de toute évidence, ces trois témoins ont délibérément menti en déposant sous serment devant moi sur les faits essentiels. Leur version de ce qui a causé la bagarre non seulement est contredite par le témoignage de Steven Wright, de Sean Dowling et, à mon avis, de Ruth Kazan [deux témoins indépendants], mais est contraire au bon sens.

Le juge MacDonnell a examiné ensuite la question de savoir si le ministère public avait prouvé que l'intimé était la personne qui avait utilisé le couteau. À cet égard, il a conclu que la preuve d'identification par le frère de la victime était fai-

itself, establish beyond a reasonable doubt that the respondent was the person with the knife. Judge MacDonnell was also of the opinion that there was no circumstantial evidence supporting this identification evidence. With respect to the respondent's friends' statements to the police that the respondent admitted to using the knife in the fight with Joseph Wright, Judge MacDonnell held that he was precluded from considering these statements as evidence that the respondent made those admissions. As to their testimony given at trial, the judge was of the view that the three witnesses lied under oath. He stated that he disbelieved their testimony "based on my assessment of the entirety of the content of their testimony and, very importantly, the manner in which it was given. With respect to the latter point, in my opinion they were anything but forthright." He concluded on this point:

In my opinion, each of these three witnesses lied to me with respect to having lied to the police about what the accused said to them. I have no doubt that their recantations are false. That is, I have no doubt that on this point they were telling the police the truth as they knew it about what the accused said. That finding is not necessarily the same as a finding that the accused made the admissions, but it is tantamount to that finding.

Judge MacDonnell reluctantly followed, however, the traditional common law position that the only use that could be made of the prior inconsistent statements of a witness other than an accused which the witness does not adopt was to impeach his credibility. The judge refused to apply the reasoning of Estey J., concurring in the result in *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588, which would expand significantly the use to be made of unadopted prior inconsistent statements.

Court of Appeal (1991), 49 O.A.C. 30

The Ontario Court of Appeal refused to reconsider the present validity of the common law rule as to the use of prior inconsistent statements, rejecting the appellant's submission that in the particular circumstances of this case the premises upon which the rule was founded were not applicable. The court held (at p. 32):

ble et ne pouvait pas, en soi, établir hors de tout doute raisonnable que l'intimé était cette personne. Le juge MacDonnell s'est aussi dit d'avis qu'aucune preuve circonstancielle n'établit cette preuve d'identification. Quant aux déclarations des amis de l'intimé aux policiers selon lesquelles il aurait avoué avoir utilisé le couteau lors de la bagarre avec Joseph Wright, il a décidé qu'il lui était interdit de considérer ces déclarations comme une preuve du fait que l'intimé avait fait ces aveux. En ce qui a trait à leur déposition au procès, le juge a émis l'avis qu'ils s'étaient parjurés. Il a déclaré qu'il n'ajoutait pas foi à leur témoignage [TRADUCTION] «en se fondant sur [son] évaluation de tout le contenu de leur témoignage et, chose très importante, sur la manière dont ils ont témoigné. Sous ce dernier aspect, leur déposition n'avait, selon moi, rien de franc.» Il a conclu là-dessus:

[TRADUCTION] À mon avis, chacun de ces trois témoins m'a menti en disant avoir menti à la police au sujet de ce que l'accusé leur avait dit. Je suis certain que leur rétractation est fausse. C'est-à-dire que je suis certain que, sur ce point, ce qu'ils ont dit à la police au sujet de ce que l'accusé leur avait dit était vrai. En arriver à cette conclusion n'est pas nécessairement la même chose que conclure que l'accusé a avoué, mais c'est l'équivalent.

f Le juge MacDonnell a cependant suivi à contrecœur le point de vue traditionnel de la common law selon lequel les déclarations antérieures incompatibles d'un témoin (autre que l'accusé) qui se rétracte ne peuvent servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin. Le juge a refusé d'appliquer le raisonnement du juge Estey, qui a souscrit au résultat, dans l'arrêt *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588, qui élargirait beaucoup l'utilisation qui peut être faite des déclarations antérieures incompatibles rétractées.

La Cour d'appel (1991), 49 O.A.C. 30

i La Cour d'appel de l'Ontario a refusé de réexaminer la validité actuelle de la règle de common law relative à l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles, repoussant l'argument de l'appelante que, vu les circonstances particulières de l'espèce, le fondement de la règle n'était plus applicable. La cour a conclu (à la p. 32):

That prior inconsistent statements of a witness may only be used in assessing the credibility of a witness, and may not be used as evidence of the truth of the matters stated therein, is a principle of criminal law in Canada of long standing which was recognized in *Deacon v. The King* [[1947] S.C.R. 531]. In *R. v. Mannion* [[1986] 2 S.C.R. 272], the rule was restated by the Supreme Court of Canada. In that case, the court was invited to review the rule so as to make admissible as evidence of their contents such past contradictory statements by nonparty witnesses where it is shown that they had been made under oath and subject to cross-examination, but the court found it unnecessary to deal with that issue. In *Corbett v. The Queen* [[1988] 1 S.C.R. 670], the rule was again restated, and more recently in *R. v. Kuldip* [[1990] 3 S.C.R. 618], a judgment of the Supreme Court of Canada, released December 7, 1990, the principle appears to have been once again reaffirmed.

The court concluded that it was bound by the judgments of the Supreme Court of Canada and that it was inappropriate for it to review the traditional rule. Therefore, it dismissed the appeal.

III — Grounds for Appeal

The Crown now appeals to this Court on the following ground: whether the Ontario Court of Appeal erred in law when it held that the learned trial judge did not err in law when he held that the prior inconsistent statements of several witnesses could not be used as evidence of the facts alleged in the statements. In urging this Court to reconsider or refrain from reconsidering the orthodox rule, the parties also addressed the issues of *stare decisis* and whether the change in the law proposed by the appellant should be made by Parliament rather than this Court.

IV — Analysis

A. History and Development of the Orthodox Rule

In his reasons in *McInroy, supra*, Estey J. traced the origins of the orthodox rule that prior inconsistent statements are admissible only to impeach the credibility of a witness, and not as evidence of the truth of their contents. The rule was first stated by

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit pénal canadien que les déclarations antérieures incompatibles ne peuvent servir qu'à l'évaluation de la crédibilité d'un témoin et qu'elles ne peuvent servir à prouver les faits auxquels elles se rapportent; c'est un principe qui a été reconnu dans l'arrêt *Deacon c. The King* [[1947] R.C.S. 531]. Dans l'arrêt *R. c. Mannion* [[1986] 2 R.C.S. 272], la Cour suprême du Canada a réaffirmé la règle. Dans cette affaire, la Cour avait été priée de réexaminer la règle afin de tenir pour admissibles, à titre de preuve de leur contenu, les déclarations antérieures incompatibles des témoins non parties au litige, s'il était démontré qu'elles avaient été faites sous serment et avaient fait l'objet d'un contre-interrogatoire, mais la Cour n'a pas jugé nécessaire de traiter de la question. Dans l'arrêt *Corbett c. La Reine* [[1988] 1 R.C.S. 670], la règle a de nouveau été réaffirmée et, plus récemment, dans l'arrêt de la Cour suprême *R. c. Kuldip* [[1990] 3 R.C.S. 618], rendu le 7 décembre 1990, il semble que le principe a été confirmé une fois de plus.

La cour a conclu qu'elle était liée par les arrêts de la Cour suprême du Canada et qu'il ne convenait pas de réexaminer la règle traditionnelle. Par conséquent, elle a rejeté l'appel.

III — Moyen d'appel

Le ministère public forme maintenant le présent pourvoi devant notre Cour sur le point suivant: la Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le juge du procès n'a pas commis d'erreur de droit en décidant que les déclarations antérieures incompatibles de plusieurs témoins ne pouvaient pas être utilisées pour établir les faits qu'elles relataient? Exhortant notre Cour soit à réexaminer, soit à s'abstenir de réexaminer, la règle orthodoxe, les parties ont également débattu la question du *stare decisis* et celle de savoir s'il appartient au législateur ou à notre Cour de modifier la loi comme le propose l'appelante.

IV — Analyse

A. Historique et évolution de la règle orthodoxe

Dans ses motifs dans l'arrêt *McInroy*, précité, le juge Estey est remonté à l'origine de la règle orthodoxe selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne sont admissibles que pour attaquer la crédibilité du témoin et non pour prou-

Denman C.J. in *Wright v. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143, at p. 145 E.R.:

The other danger [of permitting cross-examination of a witness found to be hostile by the party which called the witness] is, that the statement, which is admissible only to contradict the witness, may be taken as substantive proof in the cause. But this danger equally arises from the contradiction of an adverse witness: it is met by the Judge pointing out the distinction to the jury, and warning them not to be misled. It is not so abstruse but that Judges may explain it, and juries perceive its reasonableness; and it is probable that they most commonly discard entirely the evidence of him who has stated falsehoods, whether sworn or unsworn.

Estey J. noted that courts continued to apply this rule after the enactment of *The Common Law Procedure Act, 1854* (U.K.), 17 & 18 Vict., c. 125, s. 22, and its criminal law parallel in S.C. 1869, c. 29, s. 68, which have survived in s. 9(1) of the *Canada Evidence Act*. However, Estey J. also observed that the rule was not unchallenged in the 19th century. In *Attorney General v. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259, at p. 261, Pollock C.B., Parke B. concurring, said:

If you ask a witness whether he has not made a certain statement which would be material, and opposed to part of his testimony, you may then call witnesses to prove that he has made the statement, and the jury are at liberty to believe either the one account or the other.

The debate over the merits of the orthodox rule continued into the 20th century in decisions like *R. v. Duckworth* (1916), 26 C.C.C. 314 (Ont. S.C., App. Div.), in which the court affirmed the orthodox rule of limited admissibility by a 4 to 1 margin. For the majority, Clute J. characterized the Crown's suggestion that evidence of prior inconsistent statements by Crown witnesses who recanted should be substantively admissible as (at p. 324) a rather "startling proposition and one to which I cannot accede except upon the clearest authority. None has been cited." Clute J. further

ver la véracité de leur contenu. C'est le juge en chef Denman qui a le premier énoncé la règle dans l'arrêt *Wright c. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143, à la p. 145 E.R.:

[TRADUCTION] L'autre danger [de permettre le contre-interrogatoire du témoin déclaré hostile par la partie qui l'a cité à comparaître] est que la déclaration, qui n'est admissible que pour contredire le témoin, devienne une preuve valable au fond. Ce danger existe également lorsqu'on contredit un témoin défavorable. Ce danger est écarté quand le juge explique la distinction au jury et le met en garde. Ce n'est pas obscur au point d'empêcher les juges d'en expliquer le sens et les jurés d'en comprendre la raison; il est fort probable qu'en général les jurés ne tiennent aucun compte du témoignage d'une personne qui a fait des déclarations mensongères, sous serment ou non.

Le juge Estey a fait observer que les tribunaux ont continué d'appliquer cette règle après la promulgation de *The Common Law Procedure Act, 1854* (R.-U.), 17 & 18 Vict., ch. 125, art. 22, et de son équivalent en droit criminel dans S.C. 1869, ch. 29, art. 68, qui ont survécu sous la forme du par. 9(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Toutefois, le juge Estey a aussi fait remarquer que la règle a eu des adversaires au XIX^e siècle. Dans l'arrêt *Attorney General c. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259, à la p. 261, le baron en chef Pollock, aux motifs duquel souscrit le baron Parke, écrit:

[TRADUCTION] Lorsqu'on demande à un témoin s'il n'a pas fait une déclaration antérieure importante et incompatible avec une partie de sa déposition, on peut citer des témoins pour prouver qu'il l'a faite et le jury est libre de croire l'une ou l'autre version.

Le débat sur le bien-fondé de la règle orthodoxe s'est poursuivi au XX^e siècle dans des arrêts comme *R. c. Duckworth* (1916), 26 C.C.C. 314 (C.S. Ont., Div. app.), dans lequel la cour a confirmé à la majorité de trois voix (4 contre 1) la règle orthodoxe de l'admissibilité limitée. Au nom de la majorité, le juge Clute a dit que la suggestion du ministère public selon laquelle la preuve de déclarations antérieures incompatibles faites par des témoins à charge qui s'étaient rétractés devrait être admissible quant au fond était une (à la p. 324) [TRADUCTION] «proposition [assez] surprenante,

said of s. 9 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1906, c. 145, that (at p. 329):

This section was passed not to admit what was not evidence, but for the purpose of contradiction. It does not provide that what was not otherwise evidence becomes evidence by the section, but simply that, before the party can be contradicted, the witness must, in the opinion of the Court, prove adverse....

Riddell J. concurred, relying however on an edition of *Wigmore on Evidence* which predated the introduction of criticism of the orthodox rule in that work. Masten J. joined the majority, although only reluctantly since he doubted the ability of the jury member to follow the judge's limiting instructions (at p. 353):

Assume that he reaches the conclusion that the testimony now being given at the trial is false, and that the earlier statement is true. The duty of the juryman then is to disregard the evidence given by the witness at the trial, as being false testimony. But, having reached that conclusion, and having struck from his mind the testimony of the witness, he must then proceed to obliterate as well the statement given by the witness on the previous occasion, which he has just concluded a moment before to be true. Is that humanly possible?

In declining to follow the orthodox rule, Meredith C.J.C.P. (at p. 359) asserted that "[c]ases decided in the dark ages of the law of evidence, when, among other strange things, a party was not at liberty to discredit his own witness, cannot be very helpful for any purpose in these days, in this Province...." Meredith C.J.C.P. continued at p. 360:

And I hold that, if he [the trial judge] had told them [the jury] that, if from anything said by the witnesses at the trial and from their demeanour, they found that their statements on the former occasion were true, then such statements would be evidence at the trial, evidence from the witnesses' own lips, as the Judge put it, as well as from that other test of truthfulness, their demeanour.

que je ne saurais approuver qu'en m'appuyant sur des autorités très sûres. Or, aucune n'a été citée.» Le juge Clute ajoute, au sujet de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1906, ch. 145 (à la p. 329):

[TRADUCTION] Cet article a été adopté non pas pour admettre ce qui ne constitue pas une preuve, mais pour permettre la réfutation. Il ne dit pas que ce qui n'était pas une preuve en devient une, mais simplement que, avant que le témoin puisse être contredit, il doit être, de l'avis du tribunal, opposé à la partie en cause...

Le juge Riddell a souscrit à ces propos, mais il s'appuyait cependant sur une édition de *Wigmore on Evidence* qui date d'avant l'introduction de la critique de la règle orthodoxe dans cet ouvrage. Le juge Masten s'est rallié à la majorité, encore que sans enthousiasme car il doutait qu'un juré soit à même de suivre les directives du juge sur la valeur limitée de la preuve (à la p. 353):

[TRADUCTION] Supposons qu'il conclue que le témoignage fait au procès est faux et que la déclaration antérieure est vraie. Il incombe alors au juré de ne pas tenir compte du témoignage entendu au procès, car il s'agit d'un faux témoignage. Mais, après avoir tiré cette conclusion, et avoir effacé de sa mémoire la déposition du témoin, il doit alors effacer aussi la déclaration faite antérieurement par le témoin, à la véracité de laquelle il vient de conclure. Est-ce humainement possible?

En refusant de suivre la règle orthodoxe, le juge en chef Meredith affirme, à la p. 359, que [TRADUCTION] «[I]l a jurisprudence qui remonte au moyen âge en droit de la preuve, à l'époque où, entre autres bizarries, il n'était pas loisible à une partie de contester la véracité du témoignage des témoins qu'elle avait cités, ne saurait être d'un grand secours à notre époque, dans cette province...». Il ajoute à la p. 360:

[TRADUCTION] Et je conclus que, s'il [le juge du procès] leur avait dit [aux jurés] que s'ils concluaient d'après ce que les témoins ont dit au procès et d'après leur comportement que leurs déclarations antérieures étaient vraies, alors ces déclarations constituerait une preuve au procès, preuve de la bouche même des témoins, comme l'a dit le juge, et preuve selon l'autre critère de véracité, savoir leur comportement.

This Court first adopted the orthodox rule in *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531, and, unlike the court in *Duckworth*, was unanimous on the point. However, both Kerwin J. and Rand J. exhibited a strong awareness of the arguments against the orthodox rule. Kerwin J. (for Rinfret C.J., Taschereau and Estey JJ.) held at p. 534 that the fact that a sketch made by a witness which contradicted her present testimony, was made an exhibit,

Notre Cour a adopté la règle orthodoxe, pour la première fois, dans l'arrêt *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531, et, contrairement à la cour dans l'arrêt *Duckworth*, a rendu un arrêt unanime. Toutefois, les juges Kerwin et Rand ont montré qu'ils étaient bien conscients des arguments qui militaient contre cette règle. Le juge Kerwin, au jugement duquel ont souscrit le juge en chef Rinfret et les juges Taschereau et Estey, a conclu, à la p. 534, que le fait qu'une esquisse faite par un témoin, qui contredisait son témoignage au procès, ait été déposée à titre de pièce

does not take the exhibit out of the category of something merely going to the credibility of the witness and raise it to the status of something that as against the accused is to be taken as evidence of the truth of the statements contained in the writing. A contrary proposition would be entirely foreign to our criminal law.

Rand J. concurred (at pp. 537-38):

That such statements generally are limited to credibility and cannot be used as evidence of the truth of the facts to which they relate, is well established.... It is quite true that it may be difficult to dissociate the matters of such statements from the facts brought before the jury by the witness and to nullify the influence they may have on the minds of the jurors in dealing with the evidence as a whole; but anything short of this would expose a person to a fabricated account of events, too dangerous to risk. But the whole field of cross-examination, in the discretion of the court, is opened and the matters of the statement can thus be brought within the test of the testimonial response of the witness. This might be taken as a reason for leaving all the facts, including the statement, to the consideration of the jury, but the long experience of the courts is against it.

The first, and only, hint of contention respecting the orthodox rule in this Court was in the reasons of Estey J. in *McInroy*.

In *McInroy*, a Crown witness had made a statement to the police in connection with the appellant McInroy's trial for murder, claiming that the appellant had admitted killing the victim and being paid to do so. At trial, the witness claimed to not remember making the statement. The Crown applied under s. 9(2) of the *Canada Evidence Act*

[TRADUCTION] ne lui enlève pas son caractère de preuve destinée seulement à attaquer la crédibilité du témoin et ne l'élève pas au rang d'une preuve jouant contre l'accusé et attestant la vérité des déclarations contenues dans le document. Soutenir le contraire irait complètement à l'encontre de notre droit criminel.

d
Le juge Rand souscrit à ces propos (aux pp. 537 et 538):

[TRADUCTION] Il est bien établi que la portée de ces déclarations est généralement limitée à la question de la crédibilité et qu'elles ne peuvent servir à prouver les faits auxquels elles se rapportent [...] Il est tout à fait exact qu'il peut être difficile de dissocier le contenu de ces déclarations des faits soumis au jury par le témoin et d'effacer l'influence qu'elles peuvent avoir sur l'esprit des jurés lorsqu'ils analysent l'ensemble de la preuve; mais toute autre règle exposerait une personne à un récit monté de toute pièce, ce qui est un trop grand risque. Cependant, le champ du contre-interrogatoire est ouvert, à la discrétion de la cour, et le contenu de la déclaration f g peut être passé au crible du témoignage. On pourrait penser qu'il y a là une raison suffisante de permettre au jury de disposer à son gré de tous les faits, y compris la déclaration, mais la pratique des tribunaux a démontré que cette solution n'en est pas une.

h
La première, et la seule, pointe de contestation de la règle orthodoxe dans notre Cour se trouve dans les motifs du juge Estey dans l'arrêt *McInroy*.

i
Dans cette affaire, un témoin à charge avait fait une déclaration à la police relativement au procès de l'appelant McInroy, inculpé de meurtre, affirmant que l'appelant avait avoué avoir tué la victime contre rémunération. Au procès, le témoin a prétendu ne pas se rappeler avoir fait cette déclaration. Le ministère public a demandé la permission,

to cross-examine the witness on her prior inconsistent statement, and a *voir dire* was held. When confronted with her written statement, the witness persisted in her claim not to remember any of the matters contained within it. In his charge to the jury, the trial judge carefully stated the orthodox rule:

... I repeat that in light of her continued inability to remember those questions and answers, they do not form part of her evidence and accordingly are not to be taken as evidence of the truth of what is contained therein, but are only to be considered by you in testing or determining her credibility as a witness.

The British Columbia Court of Appeal, [1977] 4 W.W.R. 734, held that the trial judge had erred in permitting Crown counsel to cross-examine the witness as an adverse witness, since her credibility was not in issue and she "had testified to nothing damaging to the Crown's case" (p. 742).

The Supreme Court of Canada allowed the Crown's appeal. Martland J. (Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz and Pratte JJ. concurring) held that the Court of Appeal had misconstrued s. 9(2) as requiring the witness to be adverse, when in fact all the trial judge was required to do under the section was to determine whether the previous statement in writing or reduced to writing was in fact inconsistent with the witness's present testimony. Martland J. was of the opinion that there was a clear inconsistency in the witness's testimony and that the trial judge had correctly exercised his discretion. Furthermore, Martland J. noted (at p. 605) that "[t]he trial judge was careful to explain . . . the limited extent to which that cross-examination might be considered by the jury."

Estey J. differed in his attitude towards the orthodox rule. He wrote (at pp. 606-7):

en application du par. 9(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, de contre-interroger le témoin sur sa déclaration antérieure incompatible et un voir-dire a été tenu. Quand on lui a présenté sa déclaration écrite, le témoin a continué à prétendre ne se souvenir d'aucune partie de celle-ci. Dans ses directives au jury, le juge du procès a exposé minutieusement la règle orthodoxe:

^b [TRADUCTION] ... je vous répète donc que puisqu'elle était totalement incapable de se rappeler les questions et réponses, les extraits de la déclaration ne font pas partie de sa déposition et ne doivent donc pas être considérés comme preuve de la vérité de ce qu'ils énoncent; vous pouvez seulement en tenir compte pour évaluer la crédibilité du témoin.

^c La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1977] 4 W.W.R. 734, a décidé que le juge du procès avait commis une erreur en autorisant le ministère public à contre-interroger le témoin en tant que témoin opposé, parce que sa crédibilité n'était pas en cause et qu'elle [TRADUCTION] «n'avait fait aucune déclaration défavorable à la poursuite» (à la p. 742).

^f La Cour suprême du Canada a fait droit au pourvoi du ministère public. Le juge Martland (aux motifs duquel ont souscrit les juges Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz et Pratte) a conclu que la Cour d'appel avait mal interprété le par. 9(2) en disant qu'il devait s'agir d'un témoin opposé, alors qu'en fait, le juge du procès était seulement tenu, sous le régime de cette disposition, de déterminer si la déclaration antérieure écrite, ou consignée, était de fait incompatible avec la déposition du témoin au procès. Le juge Martland s'est dit d'avis que la déposition du témoin contenait de toute évidence une contradiction et que le juge du procès avait exercé à bon droit son pouvoir discrétaire. Au surplus, le juge Martland a fait remarquer (à la p. 605) que «[I]le juge a soigneusement expliqué [...] la portée restreinte que le jury pouvait accorder au contre-interrogatoire».

^j Le juge Estey a adopté un point de vue différent sur la règle orthodoxe. Il a écrit (aux pp. 606 et 607):

It is in my respectful view both an error in law and an offence against common sense to instruct the jury that the witness's prior statement, particularly when given in the circumstances of this case, may be considered by the jury only on the issue as to credibility of the witness, St. Germaine, and must be disregarded on the issues of fact arising in this statement; and, more precisely, that the jury must be told that the prior statement may not be considered by them as proof or even as some evidence relating to the matters asserted in that statement.

Avec égards, c'est à la fois une erreur de droit et une insulte au bon sens de dire au jury que la déclaration antérieure du témoin, particulièrement quand elle est faite dans des circonstances comme les présentes, ne peut être prise en considération que pour évaluer la crédibilité du témoin, M^{me} St. Germaine, et doit être écartée sur les questions de fait dont elle traite; plus précisément, c'est une erreur de dire au jury qu'il ne peut considérer la déclaration antérieure comme une preuve ni même comme un élément de preuve des faits qu'elle énonce.

Estey J. noted that the only basis for excluding the relevant evidence of St. Germaine's prior statement (and the admissions of the accused it reported) was the hearsay rule, but that in the case of prior inconsistent statements (at p. 614) "the speaker of the 'hearsay' is indeed in the witness box available for cross-examination and subject to the scrutiny of the trier of fact". He then canvassed authorities criticizing the orthodox rule on various bases, including the difficulty of applying the distinction between permissible and impermissible uses of evidence of the prior statement, the fact that if a witness contradicts his or her evidence in chief during cross-examination, both versions may be considered to ascertain the truth, and that the circumstances at trial mean there is no real reason to classify the statement as hearsay.

He based his ultimate rejection of the orthodox rule on the narrower basis of s. 9(2), however, which he noted was enacted in 1968, after this Court's decision in *Deacon*, and which gave no indication that it was limited to procedural concerns only. Estey J. concluded that the proper interpretation of s. 9(2) was that it permitted the trier of fact, once the procedural requirements of the section were met, to take into appreciation all the evidence given by the witness, both in the prior statement to the police and her testimony at trial.

Le juge Estey a fait remarquer que la preuve pertinente que représente la déclaration antérieure de St. Germaine (et les aveux de l'accusé qu'elle relatait) ne pouvait être écartée qu'en application de la règle du oui-dire, mais que dans le cas des déclarations antérieures incompatibles (à la p. 614), «l'auteur du «oui-dire» est à la barre des témoins; elle peut être contre-interrogée et le juge du fond peut observer son comportement». Il a ensuite passé en revue la jurisprudence qui critiquait la règle orthodoxe pour diverses raisons, y compris la difficulté d'appliquer la distinction entre les utilisations de la déclaration antérieure qui peuvent être autorisées et celles qui ne le peuvent pas, le fait que si un témoin, en contre-interrogatoire, contredit son témoignage fait à l'interrogatoire principal, le tribunal peut prendre en considération à la fois l'une et l'autre version pour déterminer la vérité, et le fait qu'étant donné les circonstances du procès, il n'y a aucune véritable raison de considérer cette preuve comme du oui-dire.

Toutefois, en dernière analyse, il s'est fondé uniquement sur le texte du par. 9(2) pour rejeter la règle orthodoxe; il a noté que ce paragraphe a été promulgué en 1968, après l'arrêt *Deacon* de notre Cour et que, dans cette disposition, rien n'indiquait qu'elle était limitée à des questions de procédure. Le juge Estey a conclu que, interprété correctement, le par. 9(2) permet au juge des faits de tenir compte, une fois la procédure prescrite au paragraphe respectée, de toute la déposition du témoin, tant dans sa déclaration antérieure faite à la police que dans sa déposition devant la cour.

Estey J.'s reliance on this narrow ground to reject the orthodox rule prompted criticism from R. J. Delisle, who noted in a comment on *McInroy* ((1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 162, at p. 166) that the departure from the orthodox rule might be welcomed, but also observed that there were problems inherent in "the piecemeal nature of the judicial amendment" which created anomalies by the different treatment of evidence admitted under s. 9(1) and (2).

This Court did not take up Estey J.'s challenge to the orthodox rule, but instead has restated the orthodox rule in several recent cases, including *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915. However, it is also important to note that in none of these cases was the orthodox rule itself directly challenged, as it has been in this appeal. Instead, those decisions used the orthodox rule as a point of comparison, or as the model for a separate rule, as must be addressed in connection with *Kuldip*.

Special attention must be paid to *Kuldip*. In that case, the respondent challenged the use of his inconsistent testimony from a prior trial to impeach his credibility at his present trial on the ground that it violated his right under s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which provides:

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.

I held, for the majority, that there was no violation of s. 13, since using a prior inconsistent statement from a former proceeding during cross-examination to impeach the credibility of the accused only does not thereby incriminate the accused. If the trial judge charged the jury respecting the permissible uses of the prior testimony, there would be no incrimination of the accused by the prior testi-

En se basant sur ce motif étroit pour rejeter la règle orthodoxe, le juge Estey s'est exposé à une critique de R. J. Delisle, qui a fait observer dans son commentaire de l'arrêt *McInroy* ((1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 162, à la p. 166) qu'il était peut-être souhaitable de modifier la règle orthodoxe, mais aussi que le [TRADUCTION] «caractère fragmentaire des modifications apportées», soulevait inévitablement des problèmes; en effet, il en résulte des anomalies qui découlent du traitement différent des éléments de preuve selon qu'ils sont admis en application du par. 9(1) ou 9(2).

Notre Cour n'a pas donné son adhésion à la remise en question de la règle orthodoxe par le juge Estey, mais a plutôt repris cette règle dans plusieurs arrêts récents, dont les arrêts *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915. Toutefois, il importe aussi de noter que, dans aucune de ces affaires, la règle orthodoxe elle-même n'a été contestée directement, comme elle l'est en l'espèce. Elle y a plutôt été utilisée comme point de comparaison ou comme modèle pour une règle distincte, comme celle en cause dans l'arrêt *Kuldip*.

Il y a lieu de porter une attention spéciale à l'arrêt *Kuldip*. Dans cette affaire, l'intimé a contesté l'utilisation de son témoignage incompatible fait au cours d'un procès antérieur, pour attaquer sa crédibilité, parce que cela violait le droit que lui garantit l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui est ainsi conçu:

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.

Au nom de la majorité, j'ai conclu à l'absence de violation de l'art. 13 parce que l'emploi, en contre-interrogatoire, d'une déclaration incompatible faite au cours d'une procédure antérieure, seulement pour attaquer la crédibilité de l'accusé, n'incrimine pas ce dernier. Si le juge du procès a expliqué au jury les utilisations du témoignage antérieur qui étaient admissibles, ce témoignage antérieur n'in-

mony. My holding in *Kuldip* should be understood not as merely restating and applying the orthodox rule, but as establishing a *Charter* rule recognizing the unique circumstances of compulsion surrounding such statements. In *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, I wrote for the majority (at p. 358) that

crimine pas l'accusé. Il faut bien comprendre qu'en arrivant à cette conclusion dans l'arrêt *Kuldip*, je n'ai pas seulement repris et appliqué la règle orthodoxe, mais j'ai aussi énoncé une règle d'interprétation de la *Charte* qui reconnaît les circonstances exceptionnelles dans lesquelles de telles déclarations sont faites, savoir sous la contrainte. Dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, j'ai écrit, au nom de la majorité (à la p. 358):

... l'objet de la l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11c) et d) [de la *Charte*], est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11c) interdit.

En effet, les déclarations antérieures faites par l'accusé n'auraient pas été exclues par la règle orthodoxe parce qu'elles constituent des aveux et qu'elles sont admissibles quant au fond conformément à l'exception à l'exclusion du ouï-dire qui est applicable. Voilà une raison de plus d'affirmer que la règle énoncée dans l'arrêt *Kuldip* est une règle de preuve distincte, consacrée par la *Charte*, et non une simple application de la règle orthodoxe.

Il ne faut pas oublier non plus que l'arrêt *Kuldip* et l'art. 13 de la *Charte* se rapportent à une sous-catégorie très particulière de déclarations antérieures incompatibles, savoir un témoignage dans une procédure antérieure fait par un accusé qui témoigne dans une autre procédure et qui, s'il était admis pour établir la véracité de son contenu, l'incriminerait dans la seconde procédure. Par surcroît, l'art. 13 s'applique seulement à un témoin qui dépose dans une «procédure»; certes, notre Cour n'a pas encore défini le champ sémantique de ce terme, mais la jurisprudence là-dessus est axée sur des procédures judiciaires telles les procès et les enquêtes préliminaires: voir l'arrêt *Dubois*. Un interrogatoire de la police, même lorsque le témoin fait une déclaration sous serment, peut ne pas constituer une «procédure» pour l'application de l'art. 13. Comme cette question précise n'est pas soulevée en l'espèce, je ne ferai aucune autre remarque à ce sujet.

Dans le présent pourvoi, et comme c'est le plus souvent le cas, le témoin autre que l'accusé ne sera

the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(c) and (d) [of the *Charter*], is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves, to ensure that the Crown will not be able to do indirectly that which s. 11(c) prohibits.

Indeed, prior statements made by the accused would not have been excluded by the orthodox rule because they are admissions, and substantively admissible under the applicable hearsay exception. This reinforces my characterization of the holding in *Kuldip* as an independent *Charter* rule of evidence, rather than merely an application of the orthodox rule.

It must also be remembered that *Kuldip* and s. 13 of the *Charter* refer to a very special subset of prior inconsistent statements, in which the prior statement is made by an accused in a proceeding who testifies at a future proceeding and which, if admitted for the truth of its contents, would incriminate him in the second proceeding. Furthermore, s. 13 applies only to a witness who testifies in a "proceeding"; while this Court has yet to explore the outer boundaries of this term, cases decided to date have concentrated on judicial proceedings such as trials and preliminary inquiries: see *Dubois*. A police interview, even where the witness makes his or her statement under oath, may not be a "proceeding" for the purposes of s. 13. As this precise issue does not arise in this appeal, I will make no further comments on this point.

In the present appeal, and the more usual course of events, there is no question of incriminating the

witness, who is not the accused, by admitting the prior statement for the truth of its contents. In the vast majority of cases where prior inconsistent statements are adduced, then, s. 13 of the *Charter* will not be engaged. In those cases where it is the prior inconsistent statement of the accused which is offered, s. 13 will operate to restrict its use to the purpose of impeaching credibility only.

pas incriminé si la déclaration antérieure est admise pour établir la véracité de son contenu. Dans la vaste majorité des cas dans lesquels des déclarations antérieures incompatibles sont produites, l'art. 13 n'est donc pas en cause. Si c'est une déclaration antérieure incompatible de l'accusé qui est présentée, l'art. 13 a pour effet d'en restreindre l'utilisation: elle ne peut être employée que pour attaquer la crédibilité.

Finally, in *Smith*, I explicitly refrained from assessing the impact of the principled approach to hearsay exceptions on the orthodox rule, since this supplementary ground of appeal had not been pressed before the Court, and since the conclusion I had reached in respect of hearsay evidence generally made it unnecessary to decide this ground.

Pour terminer, dans l'arrêt *Smith* je me suis expressément abstenu d'examiner les conséquences, sur la règle orthodoxe, de l'analyse fondée sur des principes des exceptions à l'exclusion du oui-dire, étant donné que l'on n'a pas fait valoir ce moyen d'appel supplémentaire devant la Cour et qu'il était inutile de statuer sur ce moyen, vu la conclusion que j'avais tirée à l'égard de la preuve par oui-dire en général.

B. Hearsay Rationale of the Orthodox Rule

The theoretical basis of the orthodox rule has been much debated. Schiff, in "The Previous Inconsistent Statement of Opponent's Witness" (1986), 36 *U.T.L.J.* 440, at p. 451, states that:

The orthodox doctrine limiting the trier's use of the non-party witness' statement rests on the hearsay rule. While American judges and commentators have taken this as obvious, Canadian and English judges have rarely discussed the reason for the limit.

The author cites as rare examples of Canadian judges explicitly recognizing the hearsay rule as the basis of the orthodox rule the reasons of Riddell J. in *Duckworth*, and Estey J. in *McInroy*. In *Evidence: Principles and Problems* (2nd ed. 1989), at p. 247, R. J. Delisle also recognized the source of the orthodox rule in the law of hearsay.

However, it is clear that commentators addressing the orthodox rule are implicitly relying on the hearsay concept when they discuss the "dangers" of admitting prior inconsistent statements for their truth, such dangers being the same as the tradi-

B. Le oui-dire comme fondement de la règle orthodoxe

Maints auteurs se sont penchés sur le fondement théorique de la règle orthodoxe. Schiff, dans «The Previous Inconsistent Statement of Opponent's Witness» (1986), 36 *U.T.L.J.* 440, à la p. 451, dit:

[TRADUCTION] La doctrine orthodoxe qui limite l'utilisation que peut faire le juge des faits de la déclaration du témoin qui n'est pas une partie repose sur la règle du oui-dire. Si cela coule de source pour les juges et les commentateurs américains, les juges canadiens et anglais ont rarement analysé la raison d'être de cette limite.

À titre d'exemples rares de décisions judiciaires canadiennes reconnaissant expressément que la règle du oui-dire forme le fondement de la règle orthodoxe, l'auteur cite les motifs du juge Riddell dans l'arrêt *Duckworth*, et ceux du juge Estey dans l'arrêt *McInroy*. Dans son ouvrage intitulé *Evidence: Principles and Problems* (2^e éd. 1989), à la p. 247, R. J. Delisle considère lui aussi que la règle orthodoxe tire son origine de la règle du oui-dire.

Toutefois, les commentateurs qui étudient la règle orthodoxe se fondent implicitement sur la notion du oui-dire quand ils examinent les «dangers» que comporte l'admission de déclarations antérieures incompatibles comme preuve de leur

tional “hearsay dangers”: the absence of an oath or solemn affirmation when the statement was made, the inability of the trier of fact to assess the demeanour and therefore the credibility of the declarant when the statement was made (as well as the trier’s inability to ensure that the witness actually said what is claimed), and the lack of contemporaneous cross-examination by the opponent. For examples of commentators who have explicitly or implicitly justified the orthodox rule on the basis of the hearsay rule, see J. W. Morden (now Morden A.C.J. of the Ontario Court of Appeal), “Evidence—Proof of Own Witness’s Prior Inconsistent Statement Where ‘Adverse’—Section 24, Evidence Act (Ont.)” (1962), 40 *Can. Bar Rev.* 96, at p. 103; *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 2, at pp. 117-18, and L. Stuesser, “Admitting Prior Inconsistent Statements For Their Truth” (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 48, at p. 53.

Another indication of the basis of the orthodox rule in the hearsay rule is the treatment it has received from law reform bodies. The Law Reform Commission of Canada’s *Report on Evidence* (1975) addressed the orthodox rule in that part of its Report dealing with hearsay, and the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence, in its Report (1982), classified prior inconsistent statements offered for their truth as hearsay (at p. 315) “out of caution”.

It is important to understand the basis and rationale of the orthodox rule in order to understand how this Court’s recent decisions in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *Smith* have affected the orthodox rule, and to determine what type of principled analysis this Court should apply to the particular problem of prior inconsistent statements.

véracité; ces dangers assimilables à ceux de la preuve par ouï-dire sont les suivants: l’absence de serment ou d’affirmation solennelle au moment où la déclaration a été faite; l’impossibilité pour le juge des faits d’évaluer le comportement et, par conséquent, la crédibilité de l’auteur de la déclaration au moment où il l’a faite (ainsi que l’impossibilité pour le juge des faits de s’assurer que le témoin a vraiment dit ce que l’on prétend qu’il a dit), et l’absence de contre-interrogatoire par l’adversaire au moment précis où la déclaration a été faite. Pour des exemples de commentateurs qui ont explicitement ou implicitement tenu la règle du ouï-dire pour le fondement de la règle orthodoxe, voir J. W. Morden (maintenant juge en chef adjoint de la Cour d’appel de l’Ontario), «Evidence—Proof of Own Witness’s Prior Inconsistent Statement Where «Adverse»—Section 24, Evidence Act (Ont.)» (1962), 40 *R. du B. can.* 96, à la p. 103; *McCormick on Evidence* (4^e éd. 1992), vol. 2, aux pp. 117 et 118, et L. Stuesser, «Admitting Prior Inconsistent Statements For Their Truth» (1992), 71 *R. du B. can.* 48, à la p. 53.

La façon dont les organismes de réforme du droit ont traité de la règle orthodoxe indique aussi qu’elle a la règle du ouï-dire pour fondement. Dans son *Rapport sur la preuve* (1975), la Commission de réforme du droit du Canada étudie la règle orthodoxe dans le chapitre de son rapport qui porte sur le ouï-dire, et le Groupe de travail fédéral-provincial sur l’uniformisation des règles de preuve, dans son rapport (1983), classe, «par prudence» (à la p. 350) comme une preuve par ouï-dire, la déclaration antérieure incompatible produite pour établir la preuve de ce qu’elle énonce.

Il est important de bien comprendre le fondement et la raison d’être de la règle orthodoxe pour saisir comment les arrêts récents de notre Cour *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *Smith* ont influé sur la règle orthodoxe et pour déterminer le type d’analyse fondée sur des principes que notre Cour devrait faire relativement au problème particulier des déclarations antérieures incompatibles.

C. Erosion of Orthodox Rule

(1) Criticism of the Rule

The orthodox rule has been almost universally criticized by academic commentators. Their criticisms can be distilled into the assertion that the hearsay dangers on which the orthodox rule is based are ill-founded or non-existent in the case of prior inconsistent statements.

Respecting the oath, commentators discount the significance of the oath in modern society. Stuesser, at pp. 53-54, is representative in arguing that “[t]he unfortunate reality in our modern society is that the power of an oath must be discounted as a means of ensuring reliability for a statement.” One critic less reservedly referred to the oath as “no more than a lingering relic of primordial superstition” and “primitive mumbo-jumbo” (D. F. Dugdale, “Against oath-taking”, [1985] *N.Z.L.J.* 404). Furthermore, commentators argue that the witness is under oath at trial when he or she is asked to adopt or deny the prior statement, thus invoking the power of the oath at the trial as it relates to the truthfulness of the prior statement. However, I note that while the witness faces the legal consequences of violating an oath or solemn affirmation at trial, in most cases there is less incentive to be truthful when the statement is made, leading to a natural preference for the testimony at trial if the alternative is unsworn or unaffirmed testimony.

Critics also claim that the lack of opportunity for the trier of fact to observe the demeanour of the witness at the time the statement was made, and thus to assess credibility based on that demeanour, is overstated in its significance. They argue that the opportunity to observe the witness as he or she denies or professes not to remember making the statement can give the trier insight into the truthfulness of the recantation, and therefore also the truthfulness of the prior statement which is denied. This does not obviate the problem of ensuring that

C. Érosion de la règle orthodoxe

(1) Critique de la règle

Les commentateurs sont quasi unanimes pour critiquer la règle orthodoxe. On peut distiller leurs critiques en affirmant que les dangers associés au oui-dire sur lesquels repose la règle orthodoxe sont mal fondés ou inexistant dans le cas des déclarations antérieures incompatibles.

Pour ce qui est du serment, les commentateurs font peu de cas de l’importance du serment dans la société moderne. Stuesser, aux pp. 53 et 54, émet un avis typique lorsqu’il dit que [TRADUCTION] «[n]ous devons malheureusement admettre que dans notre société moderne on ne peut faire fond sur le serment pour assurer la fiabilité d’une déclaration». Un autre critique, moins réservé, a qualifié le serment de [TRADUCTION] «rien de plus que le vestige d’une superstition primordiale» et de «baragouin primitif» (D. F. Dugdale, «Against oath-taking», [1985] *N.Z.L.J.* 404). Au surplus, les commentateurs soutiennent que le témoin à qui l’on demande au procès de reconnaître ou de démentir la déclaration antérieure a prêté serment, faisant ainsi valoir la force du serment au procès pour ce qui est d’établir la véracité de la déclaration antérieure. Toutefois, je ferai remarquer que, si le témoin doit supporter, au procès, les conséquences juridiques de la violation du serment ou de l’affirmation solennelle, dans la plupart des cas il est moins motivé à dire la vérité au moment précis où il a fait la déclaration: voilà pourquoi, s’il n’a pas prêté serment ou fait une affirmation solennelle à ce moment-là, on préférera naturellement le témoignage qu’il fait au procès.

Les critiques soutiennent aussi que l’on accorde trop d’importance à l’impossibilité pour le juge des faits d’observer le comportement du témoin au moment où il a fait la déclaration, et donc d’évaluer sa crédibilité telle qu’elle est révélée par ce comportement. Ils affirment que la possibilité d’observer le témoin quand il nie ou déclare ne pas se rappeler avoir fait la déclaration éclaire le juge des faits sur la véracité de la rétractation et, par conséquent, sur la véracité de la déclaration antérieure que le témoin dément. Reste cependant une

the witness's prior statement is fully and accurately reproduced for the trier of fact. Of course, both of these criticisms of the orthodox rule are reinforced when, as in this case, the prior statement is videotaped, allowing the trier of fact to observe the witnesses' demeanour and ensuring that an accurate record of the statement is tendered as evidence.

In a study for the Law Reform Commission of Canada, Halton Regional Police Officers in Burlington videotaped all suspect interviews, where the suspect consented. Interviewing officers, court officers, Crown prosecutors and defence counsel were then surveyed to evaluate the results of this program. In an interim evaluation one year into the two-year experiment (A. Grant, "Videotaping Police Questioning: a Canadian Experiment", [1987] *Crim. L.R.* 375), the author stated (at p. 379) that

it certainly does not appear that people are inhibited by the camera or the general situation from making confessions and inculpatory admissions on videotape to interviewing police officers. The audio-visual process appears to record a much greater range of responses than the written statement.

The author noted that both Crown prosecutors and defence counsel responded favourably to the use of videotapes, if not for the same reasons, that in most cases no contest arose as to the introduction of the tape, and that there was no evidence that costly crews or other assistance were required to create (at p. 383) "a clear and reliable record of the interview."

The final report reached the same conclusions. In *The Audio-Visual Taping of Police Interviews With Suspects and Accused Persons by Halton Regional Police Force: An Evaluation* (1988), J. Miller summarized an evaluation paper prepared

difficulté: s'assurer que la déclaration antérieure du témoin est reproduite intégralement et fidèlement au bénéfice du juge des faits. Bien entendu, ces deux critiques de la règle orthodoxe ont d'autant plus de force quand, comme en l'espèce, la déclaration antérieure est enregistrée sur bande vidéo, ce qui permet au juge des faits d'observer le comportement du témoin et garantit la production devant la cour d'un enregistrement fidèle de la déclaration.

Aux fins d'une étude effectuée pour le compte de la Commission de réforme du droit du Canada, des agents de la police régionale de Halton à Burlington ont enregistré sur bande vidéo les interrogatoires de tous les suspects qui y avaient consenti. Les policiers qui les ont interrogés, les fonctionnaires du greffe, les substituts du procureur général et les avocats de la défense ont ensuite répondu à un sondage destiné à évaluer les résultats de ce programme. Dans une évaluation provisoire faite un an après le début de l'expérience, l'auteur (A. Grant, «Videotaping Police Questioning: a Canadian Experiment», [1987] *Crim. L.R.* 375), affirme (à la p. 379):

[TRADUCTION] . . . il ne semble certainement pas que la caméra ou l'enregistrement sur bande vidéo en général empêche les personnes de faire des confessions ou des déclarations incriminantes aux policiers qui les interrogent. La technique audiovisuelle semble générer un nombre beaucoup plus grand de réponses que la prise par écrit.

L'auteur fait remarquer que les substituts du procureur général et les avocats de la défense ont répondu favorablement à l'utilisation des bandes vidéo, encore que ce ne soit pas pour les mêmes raisons, que dans la plupart des cas, la bande a pu être versée en preuve sans opposition et que rien n'indiquait que des frais importants en personnel ou en soutien technique doivent être engagés pour produire [TRADUCTION] «un enregistrement net et fiable de l'interrogatoire» (à la p. 383).

Les mêmes conclusions sont tirées dans le rapport définitif. Dans un document intitulé *L'enregistrement magnétoscopique des interrogatoires des suspects et des accusés par la police régionale de Halton: sommaire d'une évaluation* (1988), J.

by Grant. She noted (at p. 3) that the case of *Paramore v. State*, 229 So.2d 855 (1969), in which the Florida Supreme Court upheld the admissibility of a taped confession, was

a milestone not only for law enforcement practices, but for the administration of justice as a whole. For the first time in the history of the criminal justice system the mysterious veil was lifted and it was now possible to present before the court the entire contents of a police interrogation in a comprehensive and accurate manner.

The conclusion remained that people were not inhibited by the camera, and that (at p. 13): "The courts's ability to asses the credibility and voluntariness of a statement was seen by the defence bar as being greatly enhanced by the more complete picture provided by videotape." Furthermore, defence counsel preferred videotaped statements to police officer's notes and memories to create an accurate record of statements. Any prejudice to the accused from being seen as he or she appeared at the time of the interview was seen by defence counsel to be outweighed by the accuracy and reliability of the record provided by the videotape. Indeed, Miller observed (at p. 17) that "it is common ground among police, Crown and defence counsel that the videotape is an accurate record of the interview as it occurred in the videotaping room." Miller concluded (at p. 23):

Aside from providing a new tool to the investigative process, the Police, Crown counsel and defence lawyers viewed the introduction of this technology as an improvement of the administration of justice. An accurate videotape record of police interviews largely eliminates courtroom conflicts over what was said and how an accused was treated. The new technology therefore, helps police in gathering evidence at the same time as it adds to the protection of the rights of the accused.

Miller résume une évaluation faite par Grant. Elle y fait observer (à la p. 3) que la décision *Paramore c. State*, 229 So.2d 855 (1969), dans laquelle la Cour suprême de la Floride a confirmé la recevabilité d'une confession enregistrée sur bande vidéo

a fait époque non seulement en ce qui a trait aux méthodes d'application de la loi mais également en ce qui a trait au processus d'administration de la justice dans son ensemble. Pour la première fois dans l'histoire de la justice pénale, le voile mystérieux entourant cette question était levé et il était désormais possible de présenter aux tribunaux les interrogatoires policiers et ce, d'une manière exhaustive et fidèle.

On en est encore arrivé à la conclusion que la caméra ne gênait pas les gens et que «[]les avocats de la défense ont jugé que le tableau plus complet de la situation que permettait de brosser la bande magnétoscopique avait pour effet de renforcer l'aptitude de la cour à évaluer la crédibilité du déclarant et le caractère volontaire de la déclaration» (à la p. 13). Par surcroît, les avocats de la défense avaient plus confiance dans les enregistrements sur bande vidéo que dans les notes et la mémoire des policiers pour reproduire fidèlement les déclarations. Tout préjudice auquel s'exposait le prévenu en se montrant tel qu'il était lors de l'interrogatoire était contrebalancé, aux yeux des avocats de la défense, par l'exactitude et la fiabilité de l'enregistrement sur bande vidéo. En effet, Miller fait remarquer (aux pp. 18 et 19) «qu'il est établi, au sein des forces policières, de la Couronne et des avocats de la défense, que les bandes magnétoscopiques constituent un enregistrement fidèle de l'interrogatoire qui s'est déroulé dans la salle d'enregistrement». Miller conclut (à la p. 23):

Indépendamment du fait d'ajouter un outil au processus d'enquête, la police, les avocats de la Couronne ainsi que les avocats de la défense ont vu dans l'implantation de cette nouvelle technique un moyen d'améliorer l'administration de la justice. Le fait de disposer d'enregistrements magnétoscopiques fidèles des interrogatoires policiers permet, dans une large mesure, d'éliminer les débats en salle d'audience sur les propos qu'a formulés un accusé et sur la façon dont celui-ci a été traité. En conséquence, cette nouvelle technique, tout en permettant à la police de recueillir de la preuve, protège davantage les droits de l'accusé.

The "milestone" represented by widely available videotape technology and its introduction in the trial process, then, has gone a long way towards meeting this second hearsay danger. I also believe that demeanour evidence from sources other than a videotape might, in exceptional circumstances, also serve the same purpose to answer this criticism of the orthodox rule.

The lack of cross-examination is the most important of the hearsay dangers, but perhaps also the most overstated in the context of prior inconsistent statements. By definition, commentators argue, the maker of the statement is present in court and amenable to vigorous cross-examination respecting his or her recollection, testimonial capacity and bias at the time of the making of the prior statement. As it is argued in *McCormick on Evidence, supra*, at p. 120:

The witness who has told one story aforetime and another today has opened the gates to all the vistas of truth which the common law practice of cross-examination and re-examination was invented to explore. The reasons for the change of face, whether forgetfulness, carelessness, pity, terror, or greed, may be explored by the two questioners in the presence of the trier of fact, under oath, casting light on which is the true story and which the false.

Wigmore, vol. 3A (Chadbourn rev. 1970), §1018, at p. 996, stated that the only ground for excluding prior inconsistent statements as substantive evidence was the hearsay rule, and continued:

But the theory of the hearsay rule is that an extrajudicial statement is rejected because it was made out of court by an absent person not subject to cross-examination. . . . Here, however, by hypothesis the witness is present and subject to cross-examination. There is ample opportunity to test him as to the basis of his former statement. The whole purpose of the hearsay rule has been already satisfied.

Similarly, Morden, *supra*, wrote of prior inconsistent statements, at p. 103, that:

La technique très répandue de l'enregistrement sur bande vidéo qui «a fait époque», de même que son utilisation au procès, ont donc obvié en grande partie au deuxième danger du oui-dire. Je crois en outre que la preuve du comportement provenant d'autres sources que la bande vidéo pourrait, dans des cas exceptionnels, jouer le même rôle pour répondre à la critique de la règle orthodoxe.

b L'absence de contre-interrogatoire est le plus important des dangers du oui-dire, mais peut-être aussi celui qui est le plus exagéré dans le contexte des déclarations antérieures incompatibles. Par définition, disent les commentateurs, l'auteur de la déclaration est présent dans la salle d'audience et peut être soumis à un vigoureux contre-interrogatoire sur ses souvenirs, sa capacité de témoigner et son parti pris au moment précis de la déclaration.
d Comme on le soutient dans *McCormick on Evidence, op. cit.*, à la p. 120:

[TRADUCTION] Le témoin qui a déjà donné une version différente de celle qu'il donne aujourd'hui a ouvert la porte à l'examen de tous les aspects de la vérité que la pratique du contre-interrogatoire et du réinterrogatoire en common law a été conçue pour explorer. Les raisons de la volte-face, que ce soit l'oubli, l'insouciance, la pitié, la terreur ou l'appât du gain, peuvent être fouillées par les deux procureurs en présence du juge des faits, alors que le témoin est sous serment, mettant en lumière la vérité et le mensonge.

Wigmore, dans le vol. 3A (Chadbourn rev. 1970), §1018, à la p. 996, dit que le seul motif pour lequel les déclarations antérieures incompatibles doivent être exclues comme preuve de fond est la règle du oui-dire, puis il ajoute:

h [TRADUCTION] Mais cette règle prescrit l'irrecevabilité d'une déclaration extrajudiciaire au motif qu'elle n'a pas été faite devant la cour et qu'elle rapporte les propos d'une personne absente, qui ne peut donc pas être contre-interrogée [...] Cependant, dans notre exemple, le témoin est par hypothèse présent et peut être contre-interrogé. Il est donc tout à fait possible de le questionner sur le fondement de sa déclaration antérieure. Le but de la règle du oui-dire est donc déjà atteint.

De la même façon, Morden, *loc. cit.*, écrit, au sujet des déclarations antérieures incompatibles, à la p. 103:

Being hearsay such a statement is technically inadmissible yet, in view of the opportunity of opposing counsel to cross-examine the witness on the statement, the main reason for the hearsay rule disappears and consequently the possibility of injustice is negated.

Furthermore, commentators observe, the witness's recantation has accomplished all that the opponent's cross-examination could hope to: the witness now testifies under oath that the prior statement was a lie, or claims to have no recollection of the matters in the statement, thus undermining its credibility as much as cross-examination could have. As Stuesser pointed out (at p. 60), in fact "the mantle of a 'hostile' cross-examiner in the case of a recanting witness is taken up by the caller of the witness".

Proponents of the orthodox rule concentrate on the importance of contemporaneous cross-examination; an oft-quoted statement is that of Stone J. in the Minnesota Supreme Court in *State v. Saporen*, 285 N.W. 898 (1939), at p. 901:

The chief merit of cross examination is not that at some future time it gives the party opponent the right to dissect adverse testimony. Its principal virtue is in its immediate application of the testing process. Its strokes fall while the iron is hot. False testimony is apt to harden and become unyielding to the blows of truth in proportion as the witness has opportunity for reconsideration and influence by the suggestions of others, whose interest may be, and often is, to maintain falsehood rather than truth.

Equally oft-quoted, however, is E. M. Morgan's reply, in "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept" (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177, at p. 193:

Why does falsehood harden any more quickly or unyieldingly than truth? What has become of the idea that truth is eternal and, though crushed to earth, will rise again? Isn't the opportunity for reconsideration and for baneful influence by others even more likely to color the later testimony than the prior statement?

[TRADUCTION] Constituant du oui-dire, cette déclaration est, en principe, irrecevable, et pourtant, étant donné que l'avocat de la partie adverse a la possibilité de contre-interroger le témoin sur sa déclaration, le principal fondement de la règle du oui-dire disparaît et, par conséquent, la possibilité d'injustice est réduite à néant.

Au surplus, font observer les commentateurs, la rétractation du témoin a accompli tout ce que le contre-interrogatoire de l'adversaire visait: le témoin dit maintenant sous serment que la déclaration antérieure était fausse ou prétend ne pas se souvenir des faits qui y sont énoncés, minant ainsi sa crédibilité dans la mesure même où le contre-interrogatoire aurait pu le faire. Comme le souligne Stuesser (à la p. 60), en fait, [TRADUCTION] «lorsqu'un témoin se rétracte, c'est celui qui l'a cité qui joue le rôle du contre-interrogateur «hostile»».

Les tenants de la règle orthodoxe mettent l'accent sur l'importance de la contemporanéité du contre-interrogatoire; les propos qui suivent du juge Stone dans la décision *State c. Saporen*, 285 N.W. 898 (1939), à la p. 901, sont souvent cités:

[TRADUCTION] Le principal avantage du contre-interrogatoire ne réside pas dans le droit qu'il donne à l'opposant de disséquer, dans l'avenir, le témoignage de témoins opposés. Il consiste dans l'application immédiate du processus de mise à l'épreuve, dans le fait de battre le fer pendant qu'il est chaud. Le faux témoignage a tendance à s'affermir et à résister aux coups de la vérité au fur et à mesure que le témoin a la possibilité de faire un nouvel examen et de se laisser influencer par les suggestions d'autres personnes qui ont peut-être, voire qui ont souvent, intérêt à ce que le mensonge triomphe de la vérité.

La réplique de E. M. Morgan dans «Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept» (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177, à la p. 193, est elle aussi souvent citée:

[TRADUCTION] Pourquoi le mensonge s'affermi plus vite et devient-il plus résistant que la vérité? Qu'est-il advenu de l'idée que la vérité est éternelle et que, après avoir été anéantie, elle renaît de ses cendres? La possibilité du nouvel examen et de l'influence néfaste des autres n'est-elle pas encore plus susceptible de fausser le dernier témoignage que la déclaration antérieure?

Critics assert that there is a greater opportunity for coercion, intimidation and fabrication in the time between the taking of the statement and the trial than when the statement was made closer to the time of the events described. Proponents of the orthodox rule point to the time between the events described and when the statement was made as presenting opportunities for identical coercion and intimidation, and assert that later coercion may be directed towards convincing the witness to tell the truth at trial. It is clear that statements are neither more nor less likely to be true based solely on a consideration of when they were made.

Furthermore, to argue about which statement is more likely to be true based on the opportunity for improper influence misconceives the nature of the problem before the court. The question is not whether it would be better to have had contemporaneous cross-examination at the time the statement was made; of course it would have, and this is a factor which must affect any consideration of the weight to be afforded the evidence by the trier of fact. Instead, the real issue to be considered is whether the absence of contemporaneous cross-examination is a sufficient reason to exclude the statement from the jury as substantive evidence. In *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970), at pp. 160-61, White J. of the United States Supreme Court wrote:

It may be true that a jury would be in a better position to evaluate the truth of the prior statement if it could somehow be whisked magically back in time to witness a gruelling cross-examination of the declarant as he first gives his statement. But the question as we see it must be not whether one can somehow imagine the jury in "a better position", but whether subsequent cross-examination at the defendant's trial will still afford the trier of fact a satisfactory basis for evaluating the truth of the prior statement.

Perhaps because it has been the most emphasized of the hearsay dangers, it is clear that the lack of contemporaneous cross-examination has also been

Des critiques affirment que la possibilité de contrainte, d'intimidation et d'invention est plus grande dans l'intervalle entre la prise de la déclaration et le procès que dans la période plus courte entre les faits relatés et la déclaration. Les défenseurs de la règle orthodoxe font valoir que, durant l'intervalle entre les faits relatés et la déclaration, il y a tout autant d'occasions de contrainte et d'intimidation, et que la contrainte exercée plus tard peut viser à convaincre le témoin de dire la vérité au procès. De toute évidence, les déclarations ne sont ni plus ni moins susceptibles d'être exactes si l'on se fonde seulement sur le moment où elles ont été faites.

De plus, se demander laquelle des déclarations est plus susceptible d'être vraie en se fondant sur la possibilité d'une influence illicite participe d'une mauvaise conception de la nature du problème soumis au tribunal. Il ne s'agit pas de décider si la contemporanéité de la déclaration et du contre-interrogatoire aurait été préférable; c'est une évidence. Le juge des faits doit tenir compte précisément de ce facteur en appréciant le poids qu'il convient d'accorder à cette preuve. La vraie question est plutôt de savoir si l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire est un motif suffisant pour dire au jury de ne pas tenir compte de la déclaration comme preuve de fond. Dans l'arrêt *California c. Green*, 399 U.S. 149 (1970), aux pp. 160 et 161, le juge White de la Cour suprême des États-Unis écrit:

[TRADUCTION] Il est peut-être vrai que le jury serait mieux placé pour évaluer la véracité de la déclaration antérieure s'il pouvait de quelque manière se transporter par magie dans le passé pour assister au contre-interrogatoire exténuant de l'auteur au moment où il fait la déclaration. Mais ce qu'il faut décider, à mon sens, ce n'est pas s'il est possible de s'imaginer le jury «mieux placé», mais plutôt si le contre-interrogatoire fait par la suite au procès donnera encore au juge des faits la possibilité suffisante d'apprécier la véracité de la déclaration antérieure.

C'est peut-être du fait qu'elle représente le danger du ouï-dire qui a été mis en relief avec le plus d'insistance, mais l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire est manifestement, parmi les motifs invoqués pour ne pas admettre les déclara-

the most criticized reason for excluding prior inconsistent statements as substantive evidence.

(2) Judicial and Legislative Reform of the Rule

The orthodox rule has attracted the attention of law reformers on the bench, in the legislatures, and at law reform commissions. All bodies which have turned their minds to the orthodox rule have recommended a departure from the strict prohibition on substantive admissibility in favour of qualified admissibility.

The Law Reform Commission of Canada, in its 1975 *Report on Evidence*, proposed that the hearsay rule should not exclude prior inconsistent statements by a witness, on the grounds that the witness could be cross-examined on the prior statement, that circumstances may serve to make the prior statement more reliable (since his memory may have been fresher and it may have been made before anyone had the opportunity to improperly influence the witness), the witness will have the opportunity of denying the prior statement or explaining the inconsistencies, and that the distinction between permissible and impermissible use of the evidence was a difficult one. Thus, Draft Section 28 proposed by the Commission provided: "A statement previously made by a witness is not excluded by section 27 [which makes hearsay evidence inadmissible] if the statement would be admissible if made by him while testifying as a witness."

The Ontario Law Reform Commission, in its *Report on the Law of Evidence* (1976), took a different approach, maintaining the orthodox rule where a prior inconsistent statement was made by the calling party's witness, but allowing evidence of the prior inconsistent statements of the opposing party's witness to be admitted for their truth once proof is given that the witness in fact made the statement.

tions antérieures incompatibles comme preuve de fond, celui qui a suscité les plus vives critiques.

(2) Réforme judiciaire et législative de la règle

La règle orthodoxe a été étudiée par les réformateurs du droit à tous les niveaux: magistrature, assemblées législatives et commissions de réforme du droit. Tous les organismes qui ont analysé la règle orthodoxe ont recommandé que l'on abandonne l'interdiction stricte de l'admission quant au fond pour adopter l'admissibilité conditionnelle.

Dans son *Rapport sur la preuve* de 1975, la Commission de réforme du droit du Canada a proposé que la déclaration antérieure incompatible d'un témoin ne soit pas exclue par la règle du ouï-dire, parce que le témoin peut être contre-interrogé au sujet de cette déclaration, parce que les circonstances de la déclaration peuvent la rendre plus digne de foi (du fait que le témoin avait les événements plus frais à la mémoire et qu'il n'avait pas encore subi l'influence de qui que ce soit), parce que le témoin aura l'occasion de nier la déclaration antérieure ou d'en expliquer les contradictions et parce qu'il est difficile d'expliquer la différence entre les utilisations acceptables et inacceptables des déclarations antérieures. C'est pourquoi la Commission, dans son projet d'article 28, propose le texte suivant: «Les dispositions de l'article 27 [aux termes duquel le ouï-dire ne peut être admis] n'ont pas pour effet d'exclure la déclaration faite antérieurement à son témoignage par un témoin, lorsque cette déclaration eût été admissible si son auteur l'avait faite dans le cours de son témoignage.»

Dans son *Report on the Law of Evidence* (1976), la Commission de réforme du droit de l'Ontario opte pour une autre solution. Elle préconise le maintien de la règle orthodoxe quand c'est le témoin qu'a cité la partie qui a fait une déclaration antérieure incompatible, mais admet la déclaration antérieure incompatible du témoin de la partie adverse comme preuve de sa véracité, une fois qu'il a été prouvé qu'il a vraiment fait la déclaration.

The Federal/Provincial Task Force recommended that prior inconsistent statements be substantively admissible if they were made under oath and subject to cross-examination at the time they were made.

Most jurisdictions in the United States have abandoned the orthodox rule through both judicial and legislative action. Federal Rules of Evidence Rule 801(d)(1)(A) provides:

Rule 801. . .

(d) Statements which are not hearsay.—A statement is not hearsay if—

(1) Prior statement by witness.—The declarant testifies at the trial or hearing and is subject to cross-examination concerning the statement, and the statement is (A) inconsistent with the declarant's testimony, and was given under oath subject to the penalty of perjury at a trial, hearing, or other proceeding, or in a deposition. . . .

This expanded rule of admissibility is now in force in 21 states. Four states and the District of Columbia adhere to the orthodox rule, 8 states follow modified rules different from the Federal Rule, and 17 states allow prior inconsistent statements to be admitted for their truth with no restrictions. Some states require additional indicia of reliability, including: personal knowledge of the facts contained in the statement, a demonstration of the reliability of the evidence, a requirement that the statement have been made voluntarily and not as the result of coercion or merely in response to allegations by the investigator, or contemporaneous recording, transcription or videotaping of the statement. It can readily be seen that one of these additional requirements (personal knowledge) would be required in any event for non-hearsay evidence from a witness to be admissible, mirroring the requirement in the Law Reform Commission of Canada's Report that to be substantively admissible, the prior statement must be one which would

a Le groupe de travail fédéral-provincial a recommandé que les déclarations antérieures incompatibles soient admissibles comme preuve de fond si elles ont été faites sous serment et si elles étaient assujetties à un contre-interrogatoire au moment où elles ont été faites.

b Aux États-Unis, la règle orthodoxe a été abrogée dans la plupart des ressorts tant par les décisions judiciaires que par l'action législative. La règle 801d)(1)(A) des Federal Rules of Evidence dispose:

c [TRADUCTION]

Règle 801. . .

d **d) Déclarations ne constituant pas du ouï-dire.**—Une déclaration n'est pas du ouï-dire si les conditions qui suivent sont réunies—

e **(1) Déclaration antérieure d'un témoin.**—L'auteur de la déclaration témoigne au procès ou à l'audience, est contre-interrogé au sujet de sa déclaration et celle-ci est (A) incompatible avec son témoignage, et a été faite sous serment, l'exposant à une accusation de parjure au cours d'un procès, d'une audience ou d'une autre procédure, ou au cours d'une déposition. . . .

f **g** Cette règle d'admissibilité plus libérale est maintenant en vigueur dans 21 États. Quatre États et le District de Columbia adhèrent à la règle orthodoxe, huit suivent des règles modifiées, différentes de la règle fédérale, et 17 autorisent l'admission des déclarations antérieures incompatibles comme preuve de leur contenu, sans restriction. Certains États exigent des indices supplémentaires de fiabilité, dont: la connaissance directe des faits énoncés dans la déclaration, la preuve de la fiabilité du témoignage, le caractère volontaire de la déclaration, savoir qu'elle n'ait pas été faite sous la contrainte ni simplement en réponse à des allégations de l'enquêteur, l'enregistrement ou la transcription simultanés de la déclaration ou son enregistrement sur bande vidéo. On peut voir facilement qu'une de ces exigences additionnelles (la connaissance directe) serait de toute façon nécessaire pour déterminer la recevabilité d'un témoignage qui n'est pas du ouï-dire, reproduisant ainsi l'exigence énoncée par la Commission de

have been admissible if made by the declarant while testifying as a witness.

In England and Scotland, the orthodox rule applies to criminal proceedings, although, as in Canada and the United States, there has been widespread criticism of the rule in that context. The English *Civil Evidence Act 1968* (U.K.), 1968, c. 64, renders the prior inconsistent statement of a witness admissible for its truth in civil proceedings:

3.—(1) Where in any civil proceedings—

- (a) a previous inconsistent or contradictory statement made by a person called as a witness in those proceedings is proved by virtue of section 3, 4 or 5 of the Criminal Procedure Act 1865

that statement shall by virtue of this subsection be admissible as evidence of any fact stated therein of which direct oral evidence by him would be admissible.

Thus, it can be seen that the majority of law reformers, legislators and the judiciary have heeded the almost unanimous call to reform the orthodox rule. In all reformed rules, the hearsay dangers are addressed in one combination or another, supporting the characterization of the orthodox rule as an incarnation of the hearsay rule, and presenting this Court with a variety of alternatives from which to choose. The variety of approaches chosen after careful consideration of the issue by these various bodies also indicates that we must carefully balance the interests of the accused in a criminal trial with the interests of society in seeing justice done when deciding what guarantees of reliability will suffice to render prior inconsistent statements admissible for the truth of their contents. Any reformed rule must address the hearsay dangers, yet not be so restrictive towards

réforme du droit du Canada, dans son rapport, selon laquelle ne serait admissible quant au fond que la déclaration antérieure qui eût été admissible si son auteur l'avait faite dans le cours de son témoignage.

En Angleterre et en Écosse, la règle orthodoxe s'applique aux instances pénales, bien que, comme au Canada et aux États-Unis, elle ait fait l'objet de critiques tous azimuts dans ce contexte. La *Civil Evidence Act 1968* (R.-U.), 1968, ch. 64, de l'Angleterre rend admissible dans les instances civiles la déclaration antérieure incompatible d'un témoin pour ce qui est d'établir la véracité de ce qu'elle énonce:

[TRADUCTION]

3.—(1) Si, au cours d'une instance civile—

- a) il est établi, conformément aux articles 3, 4 ou 5 de la Criminal Procedure Act 1865, qu'une personne citée comme témoin dans cette instance a fait une déclaration antérieure incompatible ou contradictoire,

cette déclaration est, en application du présent alinéa, admissible comme preuve de tout fait qui y est énoncé et dont la preuve orale directe par ce témoin serait admissible.

On peut donc voir que la majorité des réformateurs du droit, des législateurs et des juges ont tenu compte de l'exhortation quasi unanime à la réforme de la règle orthodoxe. Toutes les règles modifiées parent à une partie ou l'autre des dangers du oui-dire, nous autorisant à qualifier la règle orthodoxe d'incarnation de la règle du oui-dire et offrant à notre Cour diverses solutions possibles. La diversité des solutions retenues par ces différents organismes, après mûre réflexion, indique aussi qu'il nous incombe de bien peser les intérêts respectifs de l'accusé dans le procès criminel et de la société dans l'administration de la justice, lorsque nous décidons quelles garanties de fiabilité suffiront pour rendre admissibles les déclarations antérieures incompatibles comme preuve de la véracité de leur contenu. Nous devons adopter une nouvelle règle qui obvie aux dangers du oui-dire,

that end so as to be of limited utility in the majority of cases.

(3) Developments in the Law of Hearsay

Finally, it is clear that the orthodox rule, in so far as it is based on the hearsay rule, has been undermined by the decisions of this Court in *Khan* and *Smith*. In *Smith*, I stated that the decision in *Khan* "should be understood as the triumph of a principled analysis over a set of ossified judicially created categories" (p. 930), and that that decision (at p. 933)

signalled an end to the old categorical approach to the admission of hearsay evidence. Hearsay evidence is now admissible on a principled basis, the governing principles being the reliability of the evidence, and its necessity.

I will return to *Smith* and the principled approach to the hearsay rule as it applies in the particular case of prior inconsistent statements, but it is important to note that any erosion of the categorical approach to the hearsay rule must influence the Court's consideration of the orthodox rule as one instance of that rule.

D. *Stare Decisis*

Before considering a new rule pertaining to the admissibility of prior inconsistent statements for the truth of their contents, it is necessary to address the arguments of the respondent, strenuously advanced before this Court, that (i) this Court should not overrule *Deacon*, and (ii) that any change to the orthodox rule is for Parliament to make and not this Court. The arguments are related, and to some extent undermine one another, since the first identifies the source of the orthodox rule as it applies in Canada in the common law of evidence as developed by this Court, even while the second denies that the common law is the appropriate vehicle to change the orthodox rule. I will deal with the second argument first, since the issue of overruling *Deacon* does not arise if this

mais sans y apporter des restrictions si sévères qu'elle ne soit que de peu d'utilité dans la majorité des cas.

a (3) Faits nouveaux relatifs à la règle du oui-dire

Enfin, il est clair que la règle orthodoxe, dans la mesure où elle repose sur la règle du oui-dire, a été battue en brèche par notre Cour dans les arrêts *Khan* et *Smith*. Dans l'arrêt *Smith*, je déclare que l'arrêt *Khan* «doit [...] être perçu comme le triomphe d'une analyse fondée sur des principes sur un ensemble de catégories sclérosées conçues par les tribunaux» (à la p. 930) et que cet arrêt (à la p. 933):

a [...] annoncé la fin de l'ancienne conception, fondée sur des catégories d'exceptions, de l'admission de la preuve par oui-dire. L'admission de la preuve par oui-dire est désormais fondée sur des principes, dont les principaux sont la fiabilité de la preuve et sa nécessité.

Je vais revenir à l'arrêt *Smith* et à l'analyse fondée sur des principes de la règle du oui-dire telle qu'elle s'applique en particulier aux déclarations antérieures incompatibles, mais il importe de noter que notre Cour, quand elle examine la règle orthodoxe à titre de cas d'application de la règle du oui-dire, doit tenir compte de toute érosion de la conception fondée sur des catégories d'exceptions de l'admission de la preuve par oui-dire.

D. *La doctrine du stare decisis*

Avant d'étudier une nouvelle règle visant l'admissibilité des déclarations antérieures incompatibles comme preuve de leur contenu, il est nécessaire d'analyser les arguments de l'intimé, qui ont été avancés avec vigueur devant notre Cour, selon lesquels, premièrement, notre Cour doit suivre l'arrêt *Deacon* et, deuxièmement, il appartient au Parlement et non à notre Cour de modifier la règle orthodoxe. Les arguments sont liés et, jusqu'à un certain point, se détruisent réciproquement, car selon le premier, la source de la règle orthodoxe telle qu'elle est appliquée au Canada se trouve dans les règles de preuve de common law énoncées par notre Cour, tandis que le second argument nie que la common law soit le bon moyen pour modifier la règle orthodoxe. Je vais étudier d'abord le

Court decides to wait for Parliament to reform the orthodox rule.

second argument puisqu'il ne peut être question de réformer l'arrêt *Deacon* si notre Cour décide de laisser au législateur l'initiative de modifier la règle orthodoxe.

a

The rules of evidence are primarily judge-made, and the Law Reform Commission of Canada called the hearsay rule "the most characteristic . . . rule of our system of evidence" (p. 69). In *Smith*, I affirmed the statement of Lord Donovan, dissenting in *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001 (H.L.), at p. 1047, that "[t]he common law is moulded by the judges and it is still their province to adapt it from time to time so as to make it serve the interests of those it binds" (p. 931). Significantly, *Myers* was a decision in which a majority of the House of Lords refused to create a new hearsay exception relating to business records, leading to a legislative response overcoming the decision.

Ce sont avant tout les juges qui ont établi les règles de preuve et, au sujet de la règle du oui-dire, la Commission de réforme du droit du Canada dit qu'elle est «la plus caractéristique de notre système de preuve» (à la p. 78). Dans l'arrêt *Smith*, j'ai approuvé l'opinion de lord Donovan, dissident dans l'arrêt *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001 (H.L.), à la p. 1047, selon qui [TRADUCTION] «ce sont les juges qui façonnent la common law et il est toujours de leur compétence de l'adapter à l'occasion de manière à ce qu'elle serve les intérêts de ceux qu'elle lie» (à la p. 931). Fait important, dans l'arrêt *Myers*, la Chambre des lords, à la majorité, a refusé de créer une nouvelle exception à l'exclusion du oui-dire pour les dossiers d'entreprise, ce qui a amené le législateur à intervenir.

e

This duty of the courts to review common law rules has a pragmatic basis: courts are best situated to assess the operation and possible deficiencies of common law rules in practical situations. Finally, if any other authority for the jurisdiction and, in some cases, the responsibility of the courts to reform the common law were needed, the late Chief Justice Laskin wrote, in "The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada" (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 469, at pp. 478-79:

Pour ce qui est de réexaminer les règles de common law, la tâche des tribunaux vise un but pratique: les tribunaux sont les mieux placés pour évaluer l'effet et les lacunes possibles des règles de common law dans la pratique. En dernier lieu, s'il faut citer une autre autorité pour affirmer que les tribunaux sont compétents pour réformer la common law et qu'ils en ont, parfois, la responsabilité, citons les propos du regretté juge en chef Laskin dans «The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada» (1975), 53 *R. du B. can.* 469, aux pp. 478 et 479:

f

When everything considered relevant has been weighed and an overruling decision commands itself to a judge, he ought not at that stage to stay his opinion and call upon the legislature to implement it. This is particularly true in respect of those areas of the law which are judge-made, and to a degree true in respect of those areas where legislation is involved which is susceptible of a number of meanings. A final court must accept a superintending responsibility for what it or its predecessors have wrought, especially when it knows how little time legislatures today have (and also, perhaps, little inclination) to intrude into fields of law fashioned by the courts alone, although legislatures may, of course, under

i

[TRADUCTION] Quand il a pesé tout ce qui est pertinent et qu'il estime devoir réformer une décision, le juge ne doit pas alors surseoir à sa conclusion et s'en remettre au législateur de sa mise à exécution. Ce principe est particulièrement valable en ce qui a trait aux règles de droit établies par les juges et, jusqu'à un certain point, aux règles de droit énoncées dans des lois susceptibles de plusieurs interprétations. Un tribunal de dernier ressort doit assumer un rôle de surveillance à l'égard de ce que lui-même ou ses prédecesseurs ont façonné, surtout sachant le peu de temps qu'a le législateur de nos jours (et peut-être, aussi, son peu d'envie) de s'immiscer dans des domaines du droit que les tribu-

j

the prodding of law reform agencies and of other public influences, from time to time do so.

While this Court has limited changes to the common law to those which are "slow and incremental" rather than "major and far-reaching" (McLachlin J. in *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at p. 760), and only "those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society" (Jacobucci J. in *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670), it is important to assess the change in the correct frame of reference.

In the context of any particular impugned rule standing on its own, no change could ever satisfy the above criteria. Viewed this way, changing the orthodox rule will mean eliminating the orthodox rule because of its absolute prohibition on the substantive use of prior inconsistent statements. The respondent correctly submits that this change is not slow and incremental.

However, if the change to the orthodox rule is viewed within the larger context of the trend within evidence law towards greater admissibility and a correspondingly increased emphasis on the weight to be accorded admissible evidence, the change is clearly incremental as it renders one particular type of evidence admissible for a certain purpose subject to certain conditions. Even if the frame of reference is narrowed to the adoption, by this Court, of a principled approach to hearsay evidence in *Khan and Smith*, the change to a reformed rule is but an application of that principled approach to a particular type of otherwise excluded hearsay evidence, which is appropriate and "necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society" for all the same reasons that the adoption of the

niaux seuls ont définis, quoique le législateur puisse le faire, bien sûr, à l'occasion, s'il y est poussé par les organismes de réforme du droit et d'autres corps constitués.

^a

Certes, notre Cour a précisé que les modifications pouvant être apportées à la common law doivent se faire «lentement et progressivement» et non «sensiblement et profondément» (le juge McLachlin, *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, à la p. 760), et que seuls sont possibles les «changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société» (le juge Jacobucci, *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, à la p. 670), mais il importe d'apprecier les changements en fonction du bon système de référence.

^b

Dans le contexte de toute règle particulière contestée, prise en soi, aucun changement ne pourrait jamais être accompli selon les critères précités. Dans cette optique, changer la règle orthodoxe signifierait supprimer la règle orthodoxe car elle interdit absolument l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles comme preuve de fond. L'intimé soutient à bon droit qu'il ne s'agit pas d'un changement lent et progressif.

^f

^g

^h

ⁱ

^j

Toutefois, si la modification de la règle orthodoxe est examinée dans le contexte plus large de la tendance en droit de la preuve à libéraliser l'admissibilité et, simultanément, à mettre l'accent davantage sur le poids à accorder à la preuve admissible, il s'agit nettement d'un changement progressif car il rend une forme particulière de preuve admissible dans un but déterminé, sous réserve de certaines conditions. Même si, dans les arrêts *Khan* et *Smith*, le système de référence est restreint à l'adoption par notre Cour d'une analyse fondée sur des principes de l'admission de la preuve par oui-dire, l'adoption de la règle réformée n'est que l'application de cette analyse fondée sur des principes à un type particulier de preuve par oui-dire qui, sans elle, serait exclue; c'est une solution qui est appropriée et «nécessaire pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société» pour les motifs mêmes qui ont rendu nécessaire l'adoption de l'analyse fondée sur des principes dans les

principled approach was necessary in *Khan* and *Smith*. As I wrote in *Smith* (at p. 932):

What is important, in my view, is the departure signalled by *Khan* from a view of hearsay characterized by a general prohibition on the reception of such evidence, subject to a limited number of defined categorical exceptions, and a movement towards an approach governed by the principles which underlie the rule and its exceptions alike. The movement towards a flexible approach was motivated by the realization that, as a general rule, reliable evidence ought not to be excluded simply because it cannot be tested by cross-examination.

Notably, in *Salituro*, at p. 666, Iacobucci J. cited the decision of McLachlin J. in *Khan* as an example of this Court's "willingness to adapt and develop common law rules to reflect changing circumstances in society at large".

Therefore, I do not believe that considering a change to a reformed prior inconsistent statements rule is a matter better left to Parliament; the rule itself is judge-made and lends itself to judicial reform, and it is a natural and incremental progression in the development of the law of hearsay in Canada by this Court.

Having decided that it is the province and duty of this Court to review the orthodox rule, the question then becomes whether this Court's decision in *Deacon* stands in the way of implementing the rule we think best. I do not think that it does.

In *Salituro*, at p. 665, Iacobucci J. stated that "[t]his Court is now willing, where there are compelling reasons for doing so, to overturn its own previous decisions." However, there are guidelines which direct our exercise of this jurisdiction to overrule previous decisions. In *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1353, I adopted the considerations listed by Dickson C.J. (in dissent)

arrêts *Khan* et *Smith*. Comme je l'écris dans l'arrêt *Smith* (à la p. 932):

Ce qui importe, à mon avis, c'est que l'arrêt *Khan* s'est écarté d'une conception de la preuve par oui-dire caractérisée par une interdiction générale de la réception d'une telle preuve, sous réserve d'un nombre restreint de catégories d'exceptions définies, et qu'il représente une évolution vers une conception régie par les principes qui sous-tendent la règle ainsi que ses exceptions. L'évolution vers une conception souple est motivée par le fait qu'on s'est rendu compte qu'en règle générale la preuve qui est fiable ne devrait pas être exclue simplement parce qu'elle ne peut être vérifiée au moyen d'un contre-interrogatoire.

Notamment, dans l'arrêt *Salituro*, précité, à la p. 666, le juge Iacobucci cite les motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *Khan* à titre d'exemple de notre «volonté d'adapter et de développer des règles de common law de manière à refléter les changements survenus dans la société en général».

Par conséquent, je ne crois pas qu'il vaut mieux laisser au législateur le soin de modifier la règle relative aux déclarations antérieures incompatibles; la règle a elle-même été énoncée par les juges et se prête à la réforme judiciaire, et sa modification s'inscrit dans l'évolution naturelle du droit en matière de oui-dire, au Canada, tel qu'établi par notre Cour.

Une fois que notre Cour a décidé qu'il est de son ressort et de son devoir de réexaminer la règle orthodoxe, la question est de savoir si son arrêt *Deacon* l'empêche de mettre en œuvre la règle qu'elle estime préférable. À mon sens, il ne l'en empêche pas.

Dans l'arrêt *Salituro*, à la p. 665, le juge Iacobucci dit que «[n]otre Cour est maintenant disposée à infirmer ses propres décisions antérieures quand il y a des raisons impérieuses de le faire». Des principes directeurs doivent cependant guider notre Cour dans l'exercice de sa compétence pour réformer un arrêt antérieur. Dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1353, j'ai adopté les facteurs énumérés par le juge en chef

in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833. Those guidelines were:

- (1) whether the rule or principle under consideration must be varied in order to avoid a *Charter* breach;
- (2) whether the rule or principle under consideration has been attenuated or undermined by other decisions of this or other appellate courts;
- (3) whether the rule or principle under consideration has created uncertainty or has become "unduly and unnecessarily complex and technical," and
- (4) whether the proposed change in the rule or principle is one which broadens the scope of criminal liability, or is otherwise unfavourable to the position of the accused.

While it is not necessary to vary the rule to avoid a *Charter* breach, the respondent submitted that any change would in fact result in a *Charter* violation, since a change to the orthodox rule would be inconsistent with any right the accused may have under the *Charter* to "confrontation" analogous to the U.S. constitutional right under the Sixth Amendment (which provides that "[i]n all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to ... be confronted with the witnesses against him . . ."). The respondent relied heavily on *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, in which Wilson J. held that the introduction of preliminary inquiry evidence at trial pursuant to s. 715 of the *Criminal Code* (formerly s. 643) did not violate the accused's rights under ss. 7 or 11(d) of the *Charter*, as long as the accused had an adequate opportunity to cross-examine the witness (at p. 543):

It is, in my view, basic to our system of justice that the accused have had a full opportunity to cross-examine the witness when the previous testimony was taken if a transcript of such testimony is to be introduced as evidence in a criminal trial for the purpose of convicting the accused.

With respect to s. 11(d) of the *Charter*, Wilson J. held (at p. 546): "... this claim must also fail if his

Dickson (dissident) dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833. Voici ces principes directeurs:

- a* (1) Y a-t-il lieu de modifier la règle ou le principe en cause afin d'éviter une violation de la *Charte*?
- b* (2) La règle ou le principe en cause a-t-il été atténué ou ébranlé par d'autres décisions de notre Cour ou d'autres cours d'appel?
- c* (3) La règle ou le principe en cause a-t-il causé une incertitude ou est-il devenu «inutilement et indûment complexe et formaliste»?
- d* (4) La modification proposée à la règle ou au principe en cause élargit-elle la portée de la responsabilité criminelle ou, par ailleurs, est-elle défavorable à l'accusé?

Il n'est pas nécessaire de modifier la règle pour éviter une violation de la *Charte*, mais l'intimé soutient que toute modification entraînerait de fait une telle violation, car toute modification apportée à la règle orthodoxe serait incompatible avec le droit à la «confrontation» que la *Charte* peut garantir à l'accusé et qui est analogue au droit garanti par le Sixième Amendement à la Constitution des États-Unis (qui dit que [TRADUCTION] «[d]ans toutes les poursuites criminelles, l'accusé aura droit [...] d'être confronté avec les témoins à charge . . .»). L'intimé a fait grand cas de l'arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, dans lequel le juge Wilson a décidé que l'utilisation au procès d'un témoignage fait à l'enquête préliminaire, en application de l'art. 715 (auparavant l'art. 643) du *Code criminel*, ne violait pas les droits reconnus à l'accusé en vertu de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte*, pourvu que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin (à la p. 543):

À mon avis, il est essentiel à notre système de justice que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin au moment de la déposition antérieure, si la transcription doit être produite comme preuve à charge dans un procès criminel.

Quant à la prétention relative à l'al. 11d) de la *Charte*, le juge Wilson conclut, à la p. 546, qu'elle

constitutional right to have had a full opportunity to cross-examine the witness on the earlier occasion was respected".

However, it is clear that Wilson J.'s emphasis on the importance of cross-examination at the time the evidence was given was necessitated by the present unavailability of the witness, as required by the list of circumstances in s. 715(1)(a) to (d): for the purposes of that provision, the witness must be proven to have refused to testify, or be dead, insane, too ill to travel, or absent from Canada. Cross-examination at the time the evidence was given is clearly the only kind of cross-examination possible where a witness is unavailable at trial, so Wilson J.'s words should not be read in an overly restrictive fashion. In the case of prior inconsistent statements, by definition the witness is presently available for cross-examination, and cross-examination at trial represents an adequate safeguard of the accused's ss. 7 and 11(d) rights as a substitute for cross-examination at the time the prior inconsistent statement was made. I have discussed the arguments respecting the value of contemporaneous cross-examination, and will return to them below. In addition, Wilson J. also expressed the more lenient proposition in *Potvin* (at p. 544) that "It is, as I have said, a principle of fundamental justice that the accused have had a full opportunity to cross-examine the adverse witness", indicating that her references to contemporaneity were perhaps not intended to define the content of the right to cross-examine. This more lenient requirement is clearly satisfied in the case of prior inconsistent statements.

I note also that the effect of this Court's holding in *Khan*, in which the evidence of a child complainant was admitted through her mother's testimony, was to deprive the accused of any opportunity to cross-examine the hearsay declarant, either at the time the statement was made or at trial. Similarly, in *Smith*, the hearsay declarant was dead, Smith being tried for her murder. Indeed, such is

«doit également être rejetée si son droit constitutionnel d'avoir eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin a été respecté».

^a Toutefois, il est clair que si le juge Wilson a insisté sur l'importance du contre-interrogatoire au moment où le témoignage a été donné, c'est parce que le témoin n'était pas disponible, en raison de l'une des circonstances énumérées aux sous-al. 715(1)a) à d): pour l'application de cette disposition, il doit être établi que le témoin a refusé de rendre témoignage, ou qu'il est décédé, aliéné, trop malade pour voyager ou absent du Canada. Le contre-interrogatoire au moment où le témoignage a été donné est clairement le seul type de contre-interrogatoire possible si le témoin n'est pas disponible durant le procès, de sorte que les propos du juge Wilson ne doivent pas être interprétés d'une manière trop restrictive. Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, le témoin est, par définition, présent et peut être contre-interrogé, et le contre-interrogatoire au procès constitue une protection suffisante des droits de l'accusé reconnus à l'art. 7 et à l'al. 11d), qui peut remplacer le contre-interrogatoire au moment où la déclaration antérieure incompatible a été faite. J'ai examiné les arguments relatifs à la valeur du contre-interrogatoire fait au moment précis où la déclaration a été faite. J'y reviendrai plus loin. En outre, le juge Wilson a également formulé une proposition plus indulgente dans l'arrêt *Potvin* (à la p. 544): «Comme je l'ai dit, c'est un principe de justice fondamentale que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à charge», indiquant par là qu'en faisant mention de la contemporanéité, elle n'entendait peut-être pas préciser le contenu du droit au contre-interrogatoire. Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, cette exigence moins rigoureuse est nettement remplie.

ⁱ Je remarque aussi que l'arrêt *Khan* de notre Cour, dans lequel le témoignage d'une enfant, qui était la plaignante, a été admis au moyen du témoignage de sa mère, a eu pour effet de priver l'accusé de toute possibilité de contre-interroger l'auteur du oui-dire, soit au moment où il a fait la déclaration, soit au procès. De la même façon, dans l'arrêt *Smith*, l'auteure du oui-dire était décédée, Smith

the case with all of the hearsay exceptions in which necessity is created by the unavailability of the hearsay declarant, either under the old categorical approach or under the new principled approach. In neither *Khan* nor *Smith* was it suggested that the inability of the accused to cross-examine the hearsay declarant at any time infringed any of the accused's *Charter* rights. In this case, the accused has the added protection of full cross-examination at trial.

étant poursuivi pour le meurtre de celle-ci. En effet, tel est le cas pour toutes les exceptions à l'exclusion du oui-dire dans lesquelles la nécessité résulte de l'absence de l'auteur du oui-dire, soit selon l'ancienne analyse fondée sur des catégories, soit selon la nouvelle analyse fondée sur des principes. Ni dans l'arrêt *Khan* ni dans l'arrêt *Smith*, n'a-t-on donné à entendre que l'impossibilité pour l'accusé de contre-interroger l'auteur du oui-dire à quelque moment que ce soit portait atteinte aux droits de l'accusé garantis par la *Charte*. En l'espèce, l'accusé jouit en outre de la protection offerte par le contre-interrogatoire au procès.

c Enfin, une règle modifiée permettant l'admission de déclarations incompatibles incriminantes faites dans une procédure antérieure par l'accusé, en contravention de l'art. 13, est exclue par l'arrêt *Kuldip* de notre Cour, qui a reconnu que cette disposition de la *Charte* exigeait qu'une forme de la règle orthodoxe soit appliquée aux déclarations antérieures de l'accusé, bien que ces déclarations, représentant des aveux, ne seraient pas écartées en tant que preuve de fond par la règle du oui-dire.

d Il appert également des autres principes directeurs que notre Cour ne doit pas refuser d'infirmer l'arrêt *Deacon* si elle l'estime préférable. La règle orthodoxe elle-même n'a pas été atténuée par notre Cour, mais les règles traditionnelles du oui-dire dont elle est issue et qui en forment le fondement l'ont certainement été dans les arrêts *Khan* et *Smith*. Les attaques fructueuses contre l'analyse fondée sur des catégories d'exceptions de la règle du oui-dire battent également en brèche les principes qui sous-tendent la règle orthodoxe. Il est vrai que notre Cour a récemment réaffirmé la règle orthodoxe, mais elle ne l'a pas fait dans le contexte d'un nouvel examen de la règle elle-même.

i Part of the rationale for the orthodox rule has similarly been attenuated by changes in the methods of proof and demonstration in the modern trial process. When hearsay evidence is tendered, the trier of fact is being asked to act on second-hand testimony: the trier never actually hears or sees the hearsay declarant make the statement, and so has no basis on which to evaluate the statement for him or herself. Rather, the trier of fact must rely on j De la même façon, le fondement de la règle orthodoxe a été amoindri, en partie, par les changements des méthodes de preuve et de démonstration dans le procès moderne. Quand une preuve par oui-dire est présentée, le juge des faits n'entend qu'un témoignage de seconde main; il n'entend ni ne voit le déclarant faire la déclaration et n'a donc rien sur quoi fonder son évaluation de la déclaration. Il doit plutôt se fier à la relation de la

Finally, the operation of a modified rule to admit the accused's self-incriminating prior inconsistent statements from a previous proceeding in violation of s. 13 is foreclosed by this Court's decision in *Kuldip*, which recognized that this provision of the *Charter* required a form of the orthodox rule to be applied to the accused's prior statements, even though such statements, being admissions, would not be excluded as substantive evidence by the hearsay rule.

f The other guidelines also suggest that this Court should not decline to overrule *Deacon* if it thinks best to do so. While the orthodox rule itself has not been attenuated by this Court, the traditional hearsay rules from which it developed and which supply its rationale certainly have been in *Khan* and *Smith*. Successful attacks on the categorical approach to the hearsay rule also weaken the underpinnings of the orthodox rule. It is true that this Court has recently restated the orthodox rule, but it has not done so in the context of reconsidering the orthodox rule itself.

Part of the rationale for the orthodox rule has similarly been attenuated by changes in the methods of proof and demonstration in the modern trial process. When hearsay evidence is tendered, the trier of fact is being asked to act on second-hand testimony: the trier never actually hears or sees the hearsay declarant make the statement, and so has no basis on which to evaluate the statement for him or herself. Rather, the trier of fact must rely on

the account of the statement given by the testifying witness, with all of the inherent weaknesses of recollection and perception that human witnesses possess. All of this has changed with the advent of videotaping. In a manner not possible when *Wright v. Beckett, Duckworth*, or *Deacon* were decided, prior statements can be placed before the trier of fact in their entirety and in a form which ensures their integrity. This change has significantly undermined the "presence" rationale for the orthodox rule.

Respecting the complexity or technicality of the orthodox rule's distinction between permissible and impermissible uses of prior inconsistent statements, I wrote in *Kuldip*, at p. 635, that "While such a distinction may be somewhat troublesome to the jury, it is my view that with the benefit of clear instructions from the trial judge the jury will not be unduly burdened with this distinction." The distinction of the orthodox rule itself is not overly complex, but once viewed as part of the categorical approach to hearsay evidence, it is clear that it is one of the more artificial and technical of the rules of evidence from the point of view of a juror. It would be far better, in my view, to replace the blanket exclusion of reliable evidence for a particular purpose with a general rule of admissibility for all purposes when certain criteria are met.

Finally, there is the matter of whether reforming the orthodox rule would be more favourable to the Crown than to the accused, or would otherwise broaden the scope of criminal liability. In *R. v. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321, leave to appeal to S.C.C. refused, [1985] 1 S.C.R. xiv, Martin J.A. for the Ontario Court of Appeal stated, at p. 341, that "[g]enerally speaking, the accused, rather than the Crown, is the beneficiary of the rule that prior inconsistent statements of a witness (unless adopted by him in his evidence) are not evidence of the facts contained in them." This is because the Crown bears the burden of leading evidence, much of which will be based on police interviews with

declaration faite par le témoin qui dépose, avec toutes les faiblesses inhérentes de la mémoire et de la perception chez l'être humain. Tout cela a changé depuis l'avènement de la vidéophonie. D'une manière qui n'était pas possible lorsque les arrêts *Wright c. Beckett, Duckworth* ou *Deacon* ont été rendus, les déclarations antérieures peuvent être soumises au juge des faits dans leur intégralité et sous une forme qui en assure l'intégrité. Ce changement a sérieusement entamé le fondement de la règle orthodoxe, pour ce qui est de la «présence» du témoin.

Au sujet de la complexité ou du caractère formaliste de la distinction que suppose la règle orthodoxe entre les utilisations acceptables et les utilisations inacceptables des déclarations antérieures incompatibles, j'ai écrit dans l'arrêt *Kuldip*, à la p. 635: «Bien que cette distinction puisse être quelque peu difficile pour le jury, j'estime que, si le juge du procès lui présente des directives claires et nettes, le jury ne devrait pas en être trop embarrassé.» La distinction qu'exige la règle orthodoxe elle-même n'est pas trop complexe, mais si on la considère par rapport à l'analyse fondée sur des catégories de la preuve par oui-dire, c'est de toute évidence l'une des règles de preuve les plus artificielles et les plus formalistes du point de vue du jury. Il vaudrait beaucoup mieux, à mon sens, remplacer l'exclusion générale de témoignages fiables dans un but particulier par une règle générale d'admissibilité à tous égards, conformément à certains critères.

En dernier lieu, il reste à savoir si la réforme de la règle orthodoxe serait plus favorable au ministère public qu'à l'accusé, ou si elle élargirait la portée de la responsabilité criminelle. Dans l'arrêt *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321, autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [1985] 1 R.C.S. xiv, le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dit, à la p. 341, que [TRADUCTION] «[e]n règle générale, c'est à l'accusé, et non au ministère public, que profite la règle que les déclarations antérieures incompatibles d'un témoin (sauf s'il les a reconnues dans sa déposition) ne font pas foi des faits qui y sont énoncés». Cela s'explique par le fait que le ministère public a la charge de présenta-

potential witnesses, leading to a greater likelihood that a Crown witness will recant and allow the Crown to take advantage of a reformed rule. The accused and his counsel will not often have the same access to witnesses to collect prior statements, and may not in fact lead evidence at all.

^a tion, sa preuve consistant en grande partie dans les interrogatoires des témoins éventuels, faits par les policiers, et qu'il est donc plus probable que ce sera un témoin à charge qui se rétractera, ce qui permettrait au ministère public de profiter d'une règle réformée. L'accusé et son avocat n'auront pas souvent une possibilité égale de recueillir les déclarations antérieures de témoins et peuvent ne présenter aucune preuve.

^b However, I do not think that it can be conclusively stated that a reformed rule would necessarily broaden the scope of criminal liability in the sense intended by Dickson C.J. in *Bernard*. In *Bernard*, at pp. 860-61, Dickson C.J. wrote of the fourth guideline:

^c Toutefois, je ne pense pas que l'on puisse affirmer catégoriquement qu'une règle réformée élargirait nécessairement la portée de la responsabilité criminelle au sens que l'entendait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bernard*. Dans cet arrêt, il écrit, au sujet du quatrième principe directeur, aux pp. 860 et 861:

^d Respect du principe de la certitude et les restrictions institutionnelles imposées aux tribunaux en ce qui concerne l'élaboration du droit prétorien devraient inciter la Cour à refuser de renverser un arrêt antérieur quand cela aurait pour effet d'élargir la responsabilité criminelle. Il n'appartient pas aux tribunaux de créer de nouvelles infractions ni de donner plus d'extension à la responsabilité, d'autant plus que les changements apportés au droit par des décisions judiciaires ont un effet rétroactif. Le même argument ne peut toutefois pas être invoqué lorsque le fait de renverser un arrêt antérieur a pour conséquence la création d'une règle favorable à l'accusé.

^e f Thus, it can be seen that Dickson C.J. was speaking of a more causally direct expansion of criminal liability; for example, in *Bernard* by reconsidering the effect of drunkenness on criminal liability, and in *Chaulk* by reconsidering the meaning of insanity. Merely admitting substantive evidence which will more often perhaps, incriminate the accused than it will exculpate the accused does not, in my view, expand criminal liability in the sense intended by Dickson C.J. in *Bernard*. To enable the Crown to secure more convictions with a new evidentiary rule expanding the scope of admissibility is not to expand the scope of criminal liability; it is, rather, to find more criminals liable. It cannot be said that the accused has any "certainty" interest in the orthodox rule, unless one considers the situation where the accused convinces a Crown witness to recant, secure in the knowledge that the prior statement will not be sub-

^g Ainsi, on peut voir que le juge en chef Dickson parlait d'un élargissement de la responsabilité criminelle causé plus directement; par exemple, dans l'arrêt *Bernard*, il est causé par le réexamen de l'effet de l'ivresse sur la responsabilité criminelle et, dans l'arrêt *Chaulk*, par le réexamen de l'aliénation mentale. Simplement admettre une preuve de fond qui, plus souvent peut-être, incriminera l'accusé plutôt que de le disculper, n'élargit pas, à mon sens, la portée de la responsabilité criminelle au sens que l'entendait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bernard*. Fournir au ministère public le moyen d'obtenir davantage de déclarations de culpabilité, grâce à une nouvelle règle de preuve qui donne plus d'extension à l'admissibilité, n'élargit pas la portée de la responsabilité criminelle; cela permet plutôt de faire déclarer coupables plus de criminels. On ne saurait soutenir que la règle orthodoxe apporte une certaine «certitude» à l'accusé.

^h

stantively admissible. This is not a result that the value of certainty is intended to promote. In addition, the courts are not institutionally limited from adjusting common law rules, as I have stated above, the same way they are from making wholesale changes to the elements of substantive offences. While it may be true that prior inconsistent statements will more often be tendered by the Crown, this is not to say that such statements will always be believed by the trier of fact in preference to the witnesses' present testimony.

cusé, sauf si l'on tient compte du cas où l'accusé convainc un témoin à charge de se rétracter, avec la certitude que la déclaration antérieure ne sera pas admissible quant au fond. Or, ce n'est pas un résultat que la valeur que représente la certitude est censée favoriser. En outre, je le répète, les tribunaux ne sont pas assujettis aux mêmes restrictions institutionnelles, pour ce qui est de rajuster les règles de common law, qu'en ce qui a trait aux modifications générales qu'ils souhaiteraient apporter aux éléments d'infractions matérielles précises. Il est peut-être vrai que les déclarations antérieures incompatibles seront plus souvent présentées par le ministère public, mais cela ne veut pas dire que le juge des faits ajoutera toujours foi à ces déclarations de préférence aux dépositions actuelles des témoins.

Therefore, the guidelines established in *Bernard* do not suggest that this Court should do anything other than what it thinks best in reconsidering the orthodox rule: a reformed rule would not violate the *Charter*, the existing rule has been attenuated by developments in the law of hearsay and is somewhat, if not overly, technical, and reforming the rule would not directly expand the scope of criminal liability. All that remains is to consider what this Court ought to do.

d Par conséquent, il ne ressort pas des principes directeurs énoncés dans l'arrêt *Bernard* que notre Cour doive faire autre chose que ce qu'elle juge à propos dans le réexamen de la règle orthodoxe: une règle réformée ne porterait pas atteinte à la *Charte*, la règle existante a été atténuée par l'évolution des règles de droit en matière de oui-dire et elle est un peu, voire trop, formaliste, et réformer la règle n'élargirait pas directement la portée de la responsabilité criminelle. Il ne reste qu'à décider quelle solution notre Cour devrait adopter.

V — The New Admissibility Rule

A. Requirements and the Hearsay Dangers

I am of the view that evidence of prior inconsistent statements of a witness other than an accused should be substantively admissible on a principled basis, following this Court's decisions in *Khan* and *Smith*. However, it is clear that the factors identified in those cases—reliability and necessity—must be adapted and refined in this particular context, given the particular problems raised by the nature of such statements. Furthermore, there must be a *voir dire* before such statements are put before the jury as substantive evidence, in which the trial judge satisfies him or herself that the statement was made in circumstances which do not negate its reliability.

V — La nouvelle règle d'admissibilité

A. *Les exigences de la règle et les dangers du oui-dire*

Je suis d'avis que la preuve des déclarations antérieures incompatibles d'un témoin, autre que l'accusé, doit être admissible quant au fond, d'après l'analyse fondée sur les principes élaborée dans les arrêts de notre Cour, *Khan* et *Smith*. Toutefois, il est clair que les facteurs énoncés dans ces arrêts—fiabilité et nécessité—doivent être adaptés et raffinés dans le contexte présent, vu les problèmes particuliers soulevés par la nature de ces déclarations. Au surplus, le juge doit tenir un *voir-dire* avant de présenter ces déclarations au jury à titre de preuve de fond, afin de s'assurer que la déclaration a été faite dans des circonstances qui ne réduisent pas sa fiabilité à néant.

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

There are two situations which provide examples of this requirement. First, it may be that the content of the prior inconsistent statement would not normally be admissible because it is hearsay. If the witness makes a prior statement relating direct evidence about a material fact ("I saw Y fire the gun"), there will be no barrier to admitting the prior statement. Such direct evidence would have been subject to no exclusionary rule of evidence.

However, if the witness's prior statement merely repeated the direct evidence of another person ("X said he saw Y fire the gun"), such a statement, even when made with circumstantial guarantees of reliability, will not be substantively admissible for the truth of the evidence of that other person: because the statement is naked hearsay if offered to prove the fact that Y fired the gun, it would not have been admissible to prove that fact (absent a hearsay exception) as direct evidence from the testifying witness, and it does not become admissible evidence to prove that fact through the operation of the reformed rule. The only use that can be made of such prior statements is as proof that the statement was made to the witness, but not, obviously, as proof that Y fired the gun. This is no more than the hearsay rule applied to the prior statement as if it was evidence tendered at trial.

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

Voyons deux cas d'application de cette exigence. Premièrement, il se peut que le contenu de la déclaration antérieure incompatible ne soit pas normalement admissible parce qu'il s'agit d'un oui-dire. Si le témoin a fait une déclaration antérieure contenant une preuve directe d'un fait essentiel (*"J'ai vu Y tirer le coup de feu"*), rien ne fait obstacle à l'admission de la déclaration antérieure. Cette preuve directe n'aurait été l'objet d'aucune règle d'exclusion.

Toutefois, si le témoin, dans sa déclaration antérieure, a simplement répété la preuve directe d'une autre personne (*"X a dit qu'il avait vu Y tirer le coup de feu"*), cette déclaration, même si elle a été faite dans des circonstances garantissant sa fiabilité, ne sera pas admissible quant au fond comme preuve de la véracité des dires de cette autre personne: parce que la déclaration ne représente que du oui-dire pur et simple si elle est présentée comme preuve du fait que Y a tiré le coup de feu, elle n'aurait pas été admissible comme preuve directe de ce fait au procès (en l'absence d'une exception à l'exclusion du oui-dire) et ne devient pas non plus admissible à titre de preuve de ce fait en application de la règle réformée. Une telle déclaration antérieure ne peut servir qu'à prouver que la déclaration a été faite au témoin, mais non, de toute évidence, à prouver que Y a tiré le coup de feu. Ce n'est rien d'autre que l'application de la règle du oui-dire à la déclaration antérieure comme si celle-ci était une preuve produite au procès.

The final possibility in this category is the present case ("Y told me he fired the gun"), in which the statement relates hearsay which is admissible under an established hearsay exception: while the statement repeats the evidence of another person, as in the second example, the hearsay exception applicable to the reported statement because it is an admission applies to the prior statement, again, as if the prior statement itself had been the witness's sole testimony. Because of the circumstantial guarantees of reliability attaching to admissions (on the assumption that an accused would not falsely incriminate himself), the hearsay statement may be admitted to prove the fact that Y fired the gun. But it is crucial that the matters in the prior statement would have been admissible if offered as the witness's sole testimony.

Le dernier cas possible dans cette catégorie est le cas présent («Y m'a dit qu'il avait tiré le coup de feu»), dans lequel la déclaration se rapporte à du oui-dire qui est admissible en conformité avec une exception à l'exclusion du oui-dire: bien que la déclaration reprenne les dires d'une autre personne, comme dans le deuxième exemple, l'exception à l'exclusion du oui-dire, applicable à la déclaration relatée parce que celle-ci renferme des aveux, s'applique à la déclaration antérieure, encore une fois, comme si la déclaration antérieure elle-même constituait la seule déposition du témoin. En raison des garanties de fiabilité qu'offrent les circonstances dans le cas d'aveux (en supposant que l'accusé ne s'incriminerait pas faussement lui-même), le oui-dire peut être admis pour prouver le fait que Y a tiré le coup de feu. Mais il est crucial que les faits énoncés dans la déclaration antérieure eussent été admissibles s'ils avaient été relatés dans la déposition du témoin.

A second category of inadmissible evidence must also be discussed. In some cases, the prior statement may be that of a state agent who repeats an admission by the accused. Imagine the case of a police agent (perhaps a friend of the accused who is conscripted by the police) who is placed in the cell with the accused, and to whom the accused makes an admission. The police agent repeats the admission for the police, but recants at trial. Again, for the prior statement to be substantively admissible under the reformed rule, the admission must have been obtained in such a way that it would have been admissible as the witness's sole evidence. This Court has recently discussed the law applicable to such statements in *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595. For the Court, Iacobucci J. held that the right to silence under s. 7 of the *Charter* was engaged only when the accused was detained, and that the right to silence would be violated when a person acting as an agent of the state, but who is not obviously a state agent in the eyes of the accused, elicits a statement from the accused. Evidence so obtained in violation of the accused's right to silence would then be subject to exclusion under s. 24(2) of the *Charter*, and with respect to the first of the factors enumerated in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, Iacobucci J. held

Il y a lieu d'examiner une seconde catégorie de preuves inadmissibles. Parfois, la déclaration antérieure peut être celle d'un représentant de l'État qui répète les aveux de l'accusé. Imaginons le cas d'un agent de la police (peut-être un ami de l'accusé recruté par la police) qui est enfermé dans la cellule de l'accusé et à qui ce dernier fait des aveux. L'agent répète les aveux à des policiers, mais se rétracte au procès. Encore une fois, pour que la déclaration antérieure soit admissible quant au fond conformément à la règle réformée, les aveux doivent avoir été obtenus d'une manière telle qu'ils auraient été admissibles à titre de déposition du témoin. Notre Cour a étudié récemment les règles de droit applicables à de telles déclarations dans l'arrêt *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595. Au nom de la Cour, le juge Iacobucci a décidé que le droit de garder le silence, garanti par l'art. 7 de la *Charte*, n'entre en jeu que si l'accusé est détenu et que ce droit serait violé si une personne, agissant en qualité de représentant de l'État, mais qui n'est manifestement pas un représentant de l'État aux yeux de l'accusé, obtient une déclaration de l'accusé. La preuve ainsi obtenue en contravention du droit de l'accusé de se taire serait alors susceptible d'exclusion en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte* et, pour ce qui est du pre-

(at p. 618) that "the fact that evidence is obtained by conscripting the accused against himself or herself will generally be sufficient to render the trial unfair". The other factors (seriousness of the violation, and the effect of excluding the evidence) would also have to be considered, but the first factor may well be determinative.

mier facteur énuméré dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge Iacobucci a conclu (à la p. 618) que «le fait que les éléments de preuve soient obtenus en conscrivant l'accusé contre lui-même suffira généralement à rendre le procès inéquitable». Les autres facteurs (gravité de la violation et effet de l'exclusion des éléments de preuve) devraient aussi être examinés, mais le premier facteur peut bien être concluant.

b

The distinctions established in *Broyles* apply equally here. If the accused was not in detention when he or she made the admission, the prior statement of the state agent reporting the admission will be admissible under the reformed rule, whether it was elicited or not. If the accused was in detention when he or she made the admission, the prior statement of the state agent reporting the admission will be admissible only if the admission was made without elicitation by the state agent. In circumstances where detention and elicitation are combined in circumstances where the evidence should be excluded under s. 24(2), the state agent would not have been able to repeat the admission in his testimony at trial, so substantive evidence of that admission cannot be put before the jury through the operation of the reformed rule.

c

d

e

f

g

h

i

j

These are but two examples of circumstances in which the admissibility of the prior statement must be examined, lest what would be excluded as the witness's primary evidence be admitted under the reformed rule simply because the witness has recanted.

f

g

h

I turn now to a consideration of the circumstantial guarantees of reliability required in the reformed rule.

(1) Reliability

The reliability of prior inconsistent statements is clearly a key concern for law reformers and courts which have reformed the orthodox rule, and, as I have outlined, this concern is centred on the hearsay dangers: the absence of an oath, presence, and contemporaneous cross-examination. The reliability concern is sharpened in the case of prior incon-

Les distinctions établies dans l'arrêt *Broyles* s'appliquent également en l'espèce. Si l'accusé n'était pas détenu quand il a avoué, la déclaration antérieure du représentant de l'État relatant les aveux sera admissible en application de la règle réformée, qu'elle ait été obtenue irrégulièrement ou non. Si l'accusé était détenu quand il a avoué, la déclaration antérieure du représentant de l'État relatant les aveux sera admissible seulement si les aveux n'ont pas été soutirés par le représentant de l'État. Dans le cas où il y aurait eu à la fois détention et aveux soutirés, justifiant l'exclusion de la preuve en vertu du par. 24(2), le représentant de l'État n'aurait pas pu répéter les aveux durant son témoignage au procès, de sorte que ces aveux ne peuvent pas être présentés au jury à titre de preuve de fond en conformité avec la règle réformée.

f

g

h

i

j

j

Ce ne sont là que deux exemples de situations dans lesquelles l'admissibilité de la déclaration antérieure doit être prise en compte, de crainte que ce qui serait écarté, à titre de preuve primaire du témoin, ne soit admis en application de la règle réformée simplement parce que le témoin s'est rétracté.

J'en arrive maintenant à l'examen des garanties circonstancielles de fiabilité que doit comporter la règle réformée.

(1) La fiabilité

La fiabilité des déclarations antérieures incompatibles est nettement une préoccupation fondamentale des réformateurs du droit et des tribunaux qui ont réformé la règle orthodoxe et, comme je l'ai souligné, cette préoccupation tourne autour des dangers du ouï-dire: l'absence de serment, la présence à l'audience et le contre-interrogatoire au

sistent statements because the trier of fact is asked to choose between two statements from the same witness, as opposed to other forms of hearsay in which only one account from the declarant is tendered. In other words, the focus of the inquiry in the case of prior inconsistent statements is on the comparative reliability of the prior statement and the testimony offered at trial, and so additional indicia and guarantees of reliability to those outlined in *Khan* and *Smith* must be secured in order to bring the prior statement to a comparable standard of reliability before such statements are admitted as substantive evidence.

In my opinion, and as my discussion of these dangers above indicates, only the first two of these dangers present real concerns in this context; and if these two dangers are addressed, a sufficient degree of reliability has been established to allow the trier of fact to weigh the statement against evidence tendered at trial by the same witness. The ultimate reliability of the statement and the weight to be attached to it remain, as with all evidence, determinations for the trier of fact. What the reliability component of the principled approach to hearsay exceptions addresses is a threshold of reliability, rather than ultimate or certain reliability.

The history of the common law exceptions to the hearsay rule suggests that for a hearsay statement to be received, there must be some other fact or circumstance which compensates for, or stands in the stead of the oath, presence and cross-examination. Where the safeguards associated with non-hearsay evidence are absent, there must be some substitute factor to demonstrate sufficient reliability to make it safe to admit the evidence.

I turn now to a consideration of what "substitute" indicia of trustworthiness might suffice to permit reception of prior inconsistent statements, bearing in mind that the question of reliability is a

moment précis de la déclaration. Cette préoccupation s'accentue dans le cas des déclarations antérieures incompatibles parce que le juge des faits doit choisir entre deux déclarations faites par le même témoin, par opposition aux autres formes de ouï-dire dans lesquelles une seule version des faits est présentée. Autrement dit, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'examen est axé sur la fiabilité relative de la déclaration antérieure et du témoignage entendu au procès, de sorte que des indices et garanties de fiabilité autres que ceux énoncés dans les arrêts *Khan* et *Smith* doivent être prévus afin que la déclaration antérieure soit soumise à une norme de fiabilité comparable avant que les déclarations de ce genre soient admises quant au fond.

À mon avis, comme cela ressort de l'analyse de ces dangers que j'ai faite plus haut, seuls les deux premiers sont vraiment préoccupants dans le présent contexte, et si l'on obvie à ces deux dangers, un degré suffisant de fiabilité aura été établi pour permettre au juge des faits d'apprécier la déclaration antérieure par rapport au témoignage présenté au procès par le même témoin. En définitive, comme pour tout élément de preuve, c'est au juge des faits qu'il appartient de se prononcer sur la fiabilité de la déclaration et sur le poids qu'il y a lieu de lui accorder. Ce que vise l'élément fiabilité de l'analyse fondée sur des principes de la règle de l'exclusion du ouï-dire, c'est un seuil de fiabilité, et non la fiabilité absolue ou indiscutable.

L'évolution des exceptions à la règle du ouï-dire reconnues en common law donne à entendre que l'admissibilité du ouï-dire repose sur l'existence de certains autres faits ou circonstances qui remplacent le serment, la présence à l'audience et le contre-interrogatoire, ou qui en tiennent lieu. Si les garanties associées à un témoignage qui n'est pas du ouï-dire sont absentes, il doit y avoir un substitut qui démontre la fiabilité suffisante de la preuve et fait en sorte qu'elle puisse être admise sans risque.

J'examinerai maintenant ce qui constituerait un indice de crédibilité «substitut» suffisant pour permettre l'admission des déclarations antérieures incompatibles, tout en retenant que c'est au juge

matter for the trial judge, to be decided on the particular circumstances of the case.

(i) *The Oath*

It is undeniable that the significance of the oath has drastically changed since its introduction. Originally the oath was grounded upon a belief that divine retribution would visit those who lied under oath. Accordingly, witnesses were required to believe in this retribution if they were to be properly sworn and their evidence admissible. In *Omychund v. Barker* (1744), 1 Atk. 21, 26 E.R. 15, Willes L.C.J. stated, at p. 31 E.R.:

Though I have shewn that an Infidel in general cannot be excluded from being a witness, and though I am of the opinion that infidels who believe a God, and future rewards and punishments in the other world, may be witnesses; yet I am as clearly of opinion, that if they do not believe a God, or future rewards and punishments, they ought not to be admitted as witnesses.

Similarly, Lord Hardwicke L.C. referred (at p. 32 E.R.) to the oath as “an appeal to the Supreme Being, as thinking him the rewarder of truth, and avenger of falsehood”. The difference between sworn and unsworn evidence was therefore crucial, and the absence of an oath when the prior statement was made was an important obstacle to admitting prior inconsistent statements for their truth.

We no longer require this belief in divine retribution; in *Reference re Truscott*, [1967] S.C.R. 309, at p. 368, this Court stated in the context of child witnesses that the witness need only understand “the moral obligation of telling the truth”. In this sense the oath can be said to have a changed significance, and if critics of the oath suggest only that its original supernatural force has disappeared, I agree with that observation.

du procès qu'il appartient de trancher la question de la fiabilité à la lumière des circonstances de l'affaire.

^a (i) *Le serment*

Il est indéniable que l'importance du serment a changé radicalement depuis son instauration. À l'origine, le serment était fondé sur la croyance que le châtiment divin frapperait ceux qui mentaient sous serment. Par conséquent, les témoins devaient croire à ce châtiment pour que leur serment soit valable et leur témoignage admissible. Dans l'arrêt *Omychund c. Barker* (1744), 1 Atk. 21, 26 E.R. 15, le lord juge en chef Willes a dit, à la p. 31 E.R.:

^d [TRADUCTION] Certes, j'ai montré qu'un infidèle avait, en règle générale, le droit de témoigner, et je suis d'avis que les infidèles qui croient en un dieu, aux récompenses et aux châtiments futurs dans l'autre monde ont le droit de témoigner, mais pourtant je suis sans contredit d'avis que s'ils ne croient pas en un dieu, aux récompenses et aux châtiments futurs, ils ne doivent pas être autorisés à témoigner.

De la même façon, le lord chancelier Hardwicke estime (à la p. 32 E.R.) que le serment est un [TRADUCTION] «appel à l'Être suprême, à celui qui récompense la vérité et qui venge le mensonge». La différence entre le témoignage sous serment et celui qui n'est pas fait sous serment était donc cruciale et l'absence de serment au moment où la déclaration antérieure avait été faite était un obstacle important à son admission comme preuve de la véracité du contenu de la déclaration antérieure incompatible.

ⁱ De nos jours, nous n'exigeons plus cette croyance au châtiment divin; dans *Reference re Truscott*, [1967] R.C.S. 309, à la p. 368, notre Cour a dit que, dans le contexte où un enfant fait un témoignage, il suffit qu'il comprenne [TRADUCTION] «l'obligation morale de dire la vérité». En ce sens, on peut affirmer que le serment n'a plus la même signification et, si les critiques ne font qu'affirmer que sa force surnaturelle primitive a disparu, je souscris à leur point de vue.

It is also true, as Cory J. notes, that sanctions attach to statements not made under oath. A witness who tells one story to the police and another at trial is currently exposed to prosecution under ss. 139 (obstructing justice) and 140 (public mischief) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Furthermore, with the Court's decision in this case, prior statements which satisfy the criteria of admissibility will be used as substantive evidence in a subsequent trial; as a result, a witness who makes a false statement will also be liable to prosecution under s. 137 (fabricating evidence), once he or she is informed that the statement can, and indeed will, be used at trial if he or she recants. Finally, it may well be that, in light of this decision, Parliament will wish to extend other criminal sanctions (such as the offence of perjury, for example) to one who lies under oath, solemn affirmation or solemn declaration in the course of a criminal investigation.

However, there remain compelling reasons to prefer statements made under oath, solemn affirmation or solemn declaration. While the oath will not motivate all witnesses to tell the truth (as is indicated by the witnesses' perjury in this case), its administration may serve to impress on more honest witnesses the seriousness and significance of their statements, especially where they incriminate another person in a criminal investigation.

In addition to this positive effect on the declarant, the presence of an oath, solemn affirmation or solemn declaration will increase the evidentiary value of the statement when it is admitted at trial. First, it will mean that the trier of fact will not be asked to accept unsworn testimony over sworn testimony; instead, the trier will have the opportunity to choose between two sworn statements, and the trier's ultimate decision will not be made on the basis of unsworn or unaffirmed testimony. Similarly, should the prior statement be decisive, there

Il est vrai également, comme le signale le juge Cory, que les déclarations qui ne sont pas faites sous serment peuvent faire l'objet de sanctions. Le témoin qui raconte une histoire à la police et une autre au procès s'expose actuellement à des poursuites en vertu des art. 139 (entrave à la justice) et 140 (méfait public) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. En outre, à la suite de la décision de notre Cour en l'espèce, les déclarations antérieures qui répondent aux critères d'admissibilité seront utilisées comme preuve de fond au procès; en conséquence, le témoin qui fait une fausse déclaration sera aussi possible de poursuites en vertu de l'art. 137 (fabrication de preuve) après avoir été informé que la déclaration peut être utilisée au procès, et qu'en fait elle le sera, s'il se rétracte. Enfin, il se peut fort bien que, compte tenu de cette décision, le législateur souhaite infliger d'autres sanctions pénales (comme l'infraction de parjure) à quiconque ment sous serment, ou au moment d'une affirmation ou d'une déclaration solennelles dans le cours d'une enquête criminelle.

Il reste toutefois des raisons sérieuses de préférer les déclarations faites sous serment ou les affirmations ou déclarations solennelles. Le serment ne motivera pas tous les témoins à dire la vérité (comme l'indique le parjure des témoins en l'espèce), mais le fait de prêter serment peut contribuer à faire comprendre à des témoins plus honnêtes la gravité et l'importance de leurs déclarations, surtout lorsqu'ils incriminent une autre personne au cours d'une enquête criminelle.

Outre cet effet positif sur l'auteur de la déclaration, le serment ou l'affirmation ou la déclaration solennelles augmentent la valeur probante de la déclaration lorsqu'elle est admise au procès. Premièrement, on ne demande pas alors au juge des faits de préférer un témoignage qui n'a pas été donné sous serment à un autre qui l'a été; il aura plutôt la possibilité de choisir entre deux déclarations faites sous serment, et il ne rendra pas sa décision finale sur le fondement d'un témoignage sans serment ou non solennel. De même, si la déclaration antérieure s'avère déterminante, il n'y a pas de danger que l'accusé soit déclaré coupable

is no danger of the accused being convicted solely on the basis of unsworn testimony.

Second, the presence of the oath during the making of the prior statement eliminates the explanation offered by many recanting witnesses, including one of the witnesses in this case: when confronted with the prior inconsistent statement, witnesses explain that it was not made under oath, and assert that the oath they took at trial persuaded them to tell the truth. This naturally privileges the trial testimony in the mind of the trier of fact. If both statements were made under oath, such an explanation can no longer be employed. Furthermore, since both statements cannot be true, the trier of fact has an indication of the low regard in which the witness holds the oath. Therefore, while it is true that the oath in itself has no power to ensure truthfulness in some witnesses, the fact that both statements were made under oath removes resort to the absence of an oath as an indicium of the alleged unreliability of the prior inconsistent statement.

The presence of an oath, solemn affirmation or solemn declaration will have yet another positive effect on the declarant's truthfulness and the administration of justice. A sworn prior statement will be highly persuasive evidence in any prosecution against the declarant related to false testimony (whether in the statement or at trial), and the knowledge that this evidence exists for this purpose should weigh heavily on the mind of one who considers lying in a statement, or recanting his or her prior statement to lie at trial.

Of course, the incentives provided by the declarant's exposure to prosecution under ss. 137, 139 and 140 in relation to the first statement, and his or her fear of a perjury prosecution in relation to testimony given at trial, will only be effective if these sanctions are made known to the declarant. For this reason, the witness should be warned by the person taking the statement that the statement may be used as evidence at a subsequent trial if the witness recants (thereby engaging s. 137), and also

sur le seul fondement d'un témoignage sans serment.

Deuxièmement, l'existence d'un serment lors de déclaration antérieure neutralise l'explication offerte par de nombreux témoins qui se rétractent, comme l'un des témoins en l'espèce: lorsqu'on les met en présence de leur déclaration antérieure incompatible, les témoins expliquent qu'elle n'a pas été faite sous serment et que c'est en raison du serment prêté au procès qu'ils disent maintenant la vérité. Le juge des faits est donc naturellement porté à accorder la préférence au témoignage donné au procès. Si les deux déclarations étaient faites sous serment, il serait impossible de recourir à ce genre d'explication. En outre, les déclarations ne pouvant être toutes les deux véridiques, le juge des faits pourrait en déduire le peu de respect que le témoin accorde au serment. Par conséquent, s'il est vrai que le serment en soi n'est pas un gage de vérité quant à certains témoins, le fait que les deux déclarations ont été faites sous serment exclut la possibilité de soutenir que l'absence d'un serment est un indice du prétendu manque de fiabilité de la déclaration antérieure incompatible.

Le serment et l'affirmation ou la déclaration solennelles ont un autre effet positif sur la sincérité de l'auteur de la déclaration et sur l'administration de la justice. Une déclaration antérieure faite sous serment sera une preuve des plus persuasives dans toute poursuite contre l'auteur en ce qui concerne le faux témoignage (que ce soit au moment de la déclaration ou au procès), et le fait de savoir que cette preuve existe à cette fin devrait compter pour beaucoup pour quelqu'un qui songe à mentir en faisant une déclaration ou en se rétractant au procès.

Naturellement, les incitations qui découlent du fait que l'auteur s'expose à des poursuites en vertu des art. 137, 139 et 140 relativement à sa première déclaration, et sa crainte d'être accusé de parjure relativement à son témoignage au procès, ne pourront agir que si le témoin est mis au courant de ces sanctions. Pour cette raison, la personne qui prend la déclaration devrait avertir le témoin que cette déclaration peut être utilisée comme preuve à un procès s'il se rétracte (s'exposant ainsi à être pour-

that severe criminal sanctions will accompany the making of a false statement. This warning should refer specifically to ss. 137, 139 and 140 of the *Criminal Code*, and repeat the elements of and sanctions for those offences. As does the formal swearing of the witness in the trial process, this warning and the administration of the oath should serve to bring home to the witness the gravity of the situation and his duty to tell the truth.

Therefore, the best indicium of reliability on the principled approach of *Smith* in the case of prior inconsistent statements is that the statement, to be substantively admissible, has been made (i) under oath, solemn affirmation, or solemn declaration, and (ii) following the administration of an explicit warning to the witness of his or her amenability to prosecution if it is discovered that he or she has lied. This indicium satisfies the first hearsay danger entirely: in no case will the trier of fact be asked to accept unsworn testimony over sworn testimony, verdicts will not be based on unsworn testimony, and the circumstances which promote truthful trial testimony will have been recreated as fully as is possible.

Were the oath an absolute requirement for a finding of reliability, the only prior inconsistent statements which could be received would be statements made in circumstances where the person receiving the statement is authorized to administer the warning and the oath or affirmation. Thus, statements made to family members or friends would generally not comply, unless the witness then repeats the statement for appropriately authorized persons. In the case of police interviews, this would likely present no real difficulty, since each police station will usually have a Justice of the Peace present or readily available for interim release hearings. The Justice could then administer the warning before the statement is made, and the oath after the statement is made. Similarly, police officers on duty as the Officer in Charge could be made commissioners for the taking of oaths in the

suivi en vertu de l'art. 137) et qu'il encourt des sanctions pénales graves s'il fait une fausse déclaration. Il y aurait lieu de faire expressément mention dans cette mise en garde des art. 137, 139 et 140 du *Code criminel* et de reprendre les éléments de ces infractions ainsi que les sanctions qui s'y rattachent. Comme l'assermentation officielle du témoin au procès, cette mise en garde et le fait de lui faire prêter serment devraient servir à lui faire comprendre la gravité de la situation et son obligation de dire la vérité.

En conséquence, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, le meilleur indice de fiabilité suivant l'analyse fondée sur des principes élaborée dans *Smith* est que la déclaration, pour être admissible quant au fond, a été faite (i) sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles et (ii) après que le témoin a été expressément averti qu'il pouvait être inculpé s'il s'avérait qu'il avait menti. Cet indice est tout à fait satisfaisant quant au premier danger du oui-dire: en aucun cas, le juge des faits n'aura à accepter un témoignage qui n'a pas été fait sous serment de préférence à un autre qui l'a été, les verdicts ne seront pas fondés sur un témoignage qui n'a pas été fait sous serment et on aura recréé dans la plus grande mesure possible les circonstances qui favorisent la vérité dans les témoignages donnés au procès.

Si le serment était une condition essentielle à une conclusion de fiabilité, les seules déclarations antérieures incompatibles pouvant être admises seraient les déclarations faites dans des circonstances où les personnes qui les reçoivent sont autorisées à faire la mise en garde et à faire prêter serment ou à recevoir une affirmation solennelle. Ainsi, les déclarations faites à des membres de la famille ou à des amis ne répondraient généralement pas à ce critère, sauf si le témoin répète la déclaration devant des personnes autorisées. Dans le cas d'interrogatoires de la police, cela ne poserait vraisemblablement aucun problème, car il y a en temps normal dans tous les postes de police un juge de paix qui peut présider une audience relative à la mise en liberté provisoire, ou il y en a un de disponible à bref délai. Le juge de paix peut alors faire la mise en garde à la personne avant

province, and administer the warning and oath in the Justice's absence.

However, I do not wish to create technical categorical requirements duplicating those of the old approach to hearsay evidence. It follows from *Smith* that there may be situations in which the trial judge concludes that an appropriate substitute for the oath is established and that notwithstanding the absence of an oath the statement is reliable. Other circumstances may serve to impress upon the witness the importance of telling the truth, and in so doing provide a high degree of reliability to the statement. While these occasions may not be frequent, I do not foreclose the possibility that they might arise under the principled approach to hearsay evidence.

(ii) *Presence*

Proponents of the orthodox rule emphasize the many verbal and non-verbal cues which triers of fact rely upon in order to assess credibility. When the witness is on the stand, the trier can observe the witness's reaction to questions, hesitation, degree of commitment to the statement being made, etc. Most importantly, and subsuming all of these factors, the trier can assess the relationship between the interviewer and the witness to observe the extent to which the testimony of the witness is the product of the investigator's questioning. Such subtle observations and cues cannot be gleaned from a transcript, read in court in counsel's monotone, where the atmosphere of the exchange is entirely lost.

All of these indicia of credibility, and therefore reliability, are available to the trier of fact when the witness's prior statement is videotaped. During the course of the hearing, counsel for the appellant screened a brief excerpt from the videotape of one of the interviews. In the main portion of the television screen is a medium-length shot of the witness facing the camera and seated across a table from

qu'elle ne fasse la déclaration et lui faire prêter serment après coup. En outre, les policiers qui sont de service en qualité d'agents responsables pourraient être désignés commissaires à l'assermentation dans leur province et faire la mise en garde et faire prêter serment en l'absence du juge de paix.

Toutefois, je n'ai nullement l'intention de créer des exigences techniques par catégories, analogues à celles que comportait l'ancienne conception régissant la preuve par ouï-dire. Il découle de l'arrêt *Smith* que, dans certains cas, il est possible que le juge du procès conclue à l'existence d'un substitut suffisant au serment et à la fiabilité de la déclaration en dépit de l'absence d'un serment. Il peut arriver que d'autres circonstances fassent bien comprendre au témoin l'importance de dire la vérité et rendent ainsi la déclaration très fiable. Il peut s'agir de cas peu fréquents, mais je n'exclus pas la possibilité qu'ils puissent se produire sous le régime de l'analyse fondée sur des principes de la preuve par ouï-dire.

e (ii) *La présence à l'audience*

Les tenants de la règle orthodoxe mettent l'accent sur les nombreuses indications, verbales ou autres, dont les juges des faits tiennent compte dans l'évaluation de la crédibilité. Quand le témoin est à la barre, le juge des faits peut observer ses réactions aux questions, ses hésitations, il peut voir s'il est catégorique, etc. Fait plus important, qui subsume tous ces facteurs, le juge peut évaluer la relation entre celui qui pose les questions et le témoin, et mesurer dans quelle mesure le témoignage est le produit de l'interrogatoire. Ces observations et indications subtiles ne ressortent pas d'une transcription lue à l'audience par un avocat sur un ton monocorde et faisant totalement abstraction du climat de l'échange.

i Le juge des faits dispose de tous ces indices de crédibilité, et donc de fiabilité, quand la déclaration antérieure des témoins a été enregistrée sur bande vidéo. Durant l'instruction, l'avocat de l'appelante a projeté une partie de l'un des interrogatoires. La plus grande partie de l'écran montre, au centre, en plan moyen, le témoin face à la caméra et assis derrière une table face au policier qui l'in-

the interviewing officer, showing the physical relationship between the two people. In one upper corner is a close-up of the witness's face as he or she speaks, capturing nuances of expression lost in the main view. Along the bottom of the screen is a line showing the date and a time counter, with the seconds ticking off, ensuring that the continuity and integrity of the record is maintained. The audio-visual medium captures other elements of the statement lost in a transcript, such as actions or distinctive motions which the witness demonstrates (as in this case), or answers given by nodding or shaking the head. In other words, the experience of being in the room with the witness and the interviewing officer is recreated as fully as possible for the viewer. Not only does the trier of fact have access to the full range of non-verbal indicia of credibility, but there is also a reproduction of the statement which is fully accurate, eliminating the danger of inaccurate recounting which motivates the rule against hearsay evidence. In a very real sense, the evidence ceases to be hearsay in this important respect, since the hearsay declarant is brought before the trier of fact.

Of course, the police would not resort to this precaution in every case; it may well be reserved for cases such as this, where a major crime such as murder is being investigated, the testimony of the witnesses is important to the Crown's case, and the character of the witnesses suggests that such precautions would be advisable. It is quite possible that such equipment would be available to police of given forces at a central location, and that such crucial though unstable witnesses will be taken to such locations to make their statements, or, where the statements have already been made, to repeat them in a form which may be substantively admissible should the witness recant.

In addition to an oath or solemn affirmation and warning, then, a complete videotape record of the type described above, or one which duplicates the experience of observing a witness in the courtroom

interroge, ce qui permet d'observer la position respective des deux personnes. Dans l'un des coins supérieurs on voit en gros plan le visage du témoin qui parle; on peut ainsi voir les nuances de l'expression que l'image principale ne permet pas d'observer. Au bas de l'écran, une ligne indique la date et un enregistreur de temps, marquant les secondes, garantit l'enchaînement continu et l'intégralité de l'enregistrement. L'audiovisuel permet de remarquer d'autres aspects de la déclaration qu'une transcription ne peut rendre, tels que les actions et les gestes caractéristiques du témoin (comme dans le cas présent), ou les réponses données par des signes de tête (dénégation ou acquiescement). Autrement dit, l'enregistrement donne l'impression au spectateur, autant que faire se peut, d'être dans la pièce avec le témoin et le policier qui l'interroge. Non seulement le juge des faits peut constater tous les indices non verbaux de fiabilité, mais encore il peut assister à la reproduction fidèle de la déclaration, ce qui élimine le danger de relation inexacte qui est à la base de la règle interdisant le ouï-dire. D'une manière très concrète, le témoignage cesse d'être du ouï-dire sous cet aspect important, car l'auteur du ouï-dire comparaît devant le juge des faits.

Bien entendu, la police ne prendrait pas dans tous les cas, une telle précaution, qui pourrait bien n'être opportune que dans des cas comme le présent, lorsque l'enquête porte sur un crime grave tel le meurtre, que le témoignage des témoins est un élément important de la preuve du ministère public et que cette précaution semble indiquée étant donné les traits de caractère des témoins. Il est tout à fait possible que le matériel dont disposent certains corps policiers soit placé à un endroit central et que ces témoins très importants mais instables soient transportés à cet endroit pour qu'ils y fassent leur déclaration ou, si celle-ci a déjà été faite, pour qu'ils la répètent sous une forme qui peut être admissible quant au fond au cas où ils se rétracteraient.

Outre le serment ou l'affirmation solennelle et la mise en garde, l'enregistrement intégral sur bande vidéo qui est décrit plus haut, ou qui recrée dans la même mesure ce que l'observation du témoin dans

to the same extent, is another important indicium of reliability which will satisfy the principled basis for the admission of hearsay evidence.

Again, it may be possible that the testimony of an independent third party who observes the making of the statement in its entirety could, in exceptional circumstances, also provide the requisite reliability with respect to demeanour evidence. I would only note at this point that there are many persons who could serve this function: police stations will have justices of the peace present or available, the witness may have his or her own lawyer present, and ss. 56(2)(c) and 56(2)(d) of the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, provide that a young person making a statement has a right of access to counsel, parents, or adult relatives. It will be a matter for the trial judge to determine whether or not a sufficient substitute for a videotape record has been provided to allow the trier of fact access to sufficient demeanour evidence to make the statement admissible.

(iii) Cross-examination

The final hearsay danger is the lack of contemporaneous cross-examination when the statement is made. The appellant is correct to concede that this is the most important of the hearsay dangers. However, in the case of prior inconsistent statements, it is also the most easily remedied by the opportunity to cross-examine at trial. This is a feature of prior inconsistent statements that conclusively distinguishes them from other forms of hearsay. As the United States Supreme Court noted in *California v. Green*, *supra*, at p. 159:

... the inability to cross-examine the witness at the time he made his prior statement cannot easily be shown to be of crucial significance as long as the defendant is assured of full and effective cross-examination at the time of trial. The most successful cross-examination at the time the prior statement was made could hardly hope to accomplish more than has already been accomplished by the fact that the witness is now telling a different,

la salle d'audience permet de voir, est un autre indice important de fiabilité, conforme aux principes qui sous-tendent l'admission de la preuve par oui-dire.

a

Une fois de plus, il se peut que le témoignage d'une personne indépendante qui observe le témoin pendant toute la durée de la déclaration puisse, dans des cas exceptionnels, assurer aussi la fiabilité requise quant à la preuve touchant le comportement. Je ferai remarquer seulement à ce moment-ci que nombre de personnes pourraient remplir cette fonction: il y a des juges de paix dans les postes de police ou il y en a de disponibles, l'avocat du témoin peut être présent, et les al. 56(2)c et 56(2)d de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, disposent que l'adolescent qui fait une déclaration a le droit de consulter son avocat, ses parents ou des parents adultes. Il appartient au juge du procès de décider si l'enregistrement sur bande vidéo a été remplacé par un autre moyen suffisant pour permettre au juge des faits d'apprecier suffisamment la preuve en ce qui a trait au comportement pour rendre la déclaration admissible.

e

(iii) Le contre-interrogatoire

f

Le dernier danger du oui-dire réside dans l'absence de contre-interrogatoire au moment où la déclaration est faite. L'appelante admet avec raison que c'est là le danger le plus important du oui-dire. Toutefois, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, c'est celui auquel il est le plus facile d'obvier, grâce à la possibilité de contre-interroger au procès. C'est une caractéristique des déclarations antérieures incompatibles qui les distingue de façon concluante des autres formes de oui-dire. Comme l'a fait remarquer la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *California c. Green*, précité, à la p. 159:

i

[TRADUCTION] ... on ne peut pas prouver facilement que l'impossibilité de contre-interroger le témoin au moment où il a fait la déclaration antérieure est d'une importance cruciale à la condition que l'accusé soit assuré de pouvoir le contre-interroger sans réserve et efficacement au procès. On ne pourrait guère espérer que le contre-interrogatoire le plus fructueux, au moment précis de la déclaration, puisse accomplir plus

j

inconsistent story, and—in this case—one that is favorable to the defendant.

Furthermore, unlike the oath and presence, it is the hearsay danger which is impossible to address outside of judicial or quasi-judicial processes. Whereas the police can easily administer a warning and oath, and videotape a statement in the course of a witness interview, it would restrict the operation of a reformed rule to judicial or quasi-judicial proceedings to require contemporaneous cross-examination, and thereby severely restrict the impact of a reformed rule. Consider the facts of the present case: when the three witnesses were interviewed by the police, no one had yet been charged with an offence. Who could have cross-examined the witnesses at that point? How could cross-examination have been effective before the case to be met was known? These and other practical difficulties in requiring contemporaneous cross-examination tip the balance in favour of allowing cross-examination at trial to serve as a substitute. Again, we must remember that the question is not whether it would have been preferable to have had the benefit of contemporaneous cross-examination, but whether the absence of such cross-examination is a sufficient reason to keep the statement from the jury as substantive evidence. Given the other guarantees of trustworthiness, I do not think that it should be allowed to be a barrier to substantive admissibility. Of course, it will be an important consideration for the trier of fact in deciding what weight to attach to the prior inconsistent statement, and it is likely that opposing counsel will stress the absence of such cross-examination to the trier of fact.

Therefore, the requirement of reliability will be satisfied when the circumstances in which the prior statement was made provide sufficient guarantees of its trustworthiness with respect to the two hearsay dangers a reformed rule can realistically address: if (i) the statement is made under oath or solemn affirmation following a warning as to the

que ce qui a déjà été accompli du fait que le témoin donne maintenant une version différente, incompatible, et—en l'occurrence—favorable à l'accusé.

Par surcroît, contrairement au serment et à la présence à l'audience, c'est le danger du ouï-dire auquel il est impossible d'obvier hors du cadre judiciaire ou quasi judiciaire. Tandis que la police peut facilement faire une mise en garde et faire prêter serment et enregistrer sur bande vidéo la déclaration du témoin qui répond à des questions, exiger le contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration limiterait l'application d'une règle réformée aux procédures judiciaires ou quasi judiciaires et restreindrait ainsi sévèrement l'effet de cette règle. Prenons les faits de l'espèce: quand les policiers ont interrogé les trois témoins, personne n'avait encore été inculpé. Qui aurait pu contre-interroger les témoins à ce moment-là? Comment auraient-ils pu être contre-interrogés efficacement, puisque la preuve dont disposait le ministère public était inconnue? Ces difficultés et d'autres, d'ordre pratique, que pose l'exigence du contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration, font pencher la balance en faveur de l'acceptation du contre-interrogatoire au procès comme substitut. Une fois de plus, il ne faut pas oublier qu'il ne s'agit pas de décider s'il aurait mieux valu bénéficier du contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration, mais si l'absence d'un tel contre-interrogatoire constitue une raison suffisante pour ne pas présenter la déclaration au jury comme preuve de fond. Vu les autres garanties de véracité, je ne pense pas qu'il faille tenir cette absence pour un obstacle à l'admissibilité quant au fond. Bien sûr, c'est un élément important dont le juge des faits devra tenir compte dans son évaluation du poids à accorder à la déclaration antérieure incompatible, et l'avocat de la partie adverse fera vraisemblablement valoir au juge des faits qu'il n'y a pas eu de contre-interrogatoire.

Par conséquent, on aura satisfait à l'exigence de fiabilité si les circonstances dans lesquelles la déclaration antérieure a été faite fournissent des garanties suffisantes de son exactitude relativement aux deux dangers du ouï-dire auxquels une règle réformée peut obvier de façon réaliste: (i) si la déclaration est faite sous serment ou affirmation

existence of sanctions and the significance of the oath or affirmation, (ii) the statement is videotaped in its entirety, and (iii) the opposing party, whether the Crown or the defence, has a full opportunity to cross-examine the witness respecting the statement, there will be sufficient circumstantial guarantees of reliability to allow the jury to make substantive use of the statement. Alternatively, other circumstantial guarantees of reliability may suffice to render such statements substantively admissible, provided that the judge is satisfied that the circumstances provide adequate assurances of reliability in place of those which the hearsay rule traditionally requires.

a solennelle après une mise en garde quant à l'existence de sanctions et à l'importance du serment ou de l'affirmation solennelle, (ii) si elle est enregistrée intégralement sur bande vidéo, et (iii) si la partie adverse—accusation ou défense—a la possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration, il existera des garanties circonstancielles de fiabilité suffisantes pour qu'elle soit soumise au jury à titre de preuve de fond. Subsidiairement, il se peut que d'autres garanties circonstancielles de fiabilité suffisent à rendre une telle déclaration admissible quant au fond, à la condition que le juge soit convaincu que les circonstances offrent des garanties suffisantes de fiabilité qui se substituent à celles que la règle du ouïre exige habituellement.

(2) Necessity

Prior inconsistent statements present vexing problems for the necessity criterion. The necessity criterion has usually been satisfied by the unavailable witness: in *Khan*, the child declarant who could not be sworn, and in *Smith*, the dead declarant. By definition, the declarant in the case of prior inconsistent statements is available at trial; it is his or her prior statement that is unavailable because of the recantation.

d (2) La nécessité

e Les déclarations antérieures incompatibles posent des problèmes embarrassants par rapport au critère de la nécessité. D'ordinaire, la nécessité est établie par l'absence du témoin: dans l'arrêt *Khan*, l'auteur est une enfant qui ne peut prêter serment, et dans l'arrêt *Smith*, l'auteur est décédé. Par définition, dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'auteur de la déclaration assiste au procès; c'est sa déclaration antérieure qui manque parce qu'il s'est rétracté.

However, it is important to remember that the necessity criterion "must be given a flexible definition, capable of encompassing diverse situations" (*Smith*, at pp. 933-34). Wigmore, vol. 5 (Chadbourn rev. 1974), § 1421, at p. 253, referred to two classes of necessity:

g Toutefois, il importe de se souvenir qu'il faut «donner au critère de la nécessité une définition souple, susceptible d'englober différentes situations» (arrêt *Smith*, aux pp. 933 et 934). Wigmore, vol. 5 (Chadbourn rev. 1974), § 1421, à la p. 253, fait mention de deux catégories de nécessité:

i h (1) The person whose assertion is offered may now be *dead*, or out of the jurisdiction, or *insane*, or *otherwise unavailable* for the purpose of testing. This is the commoner and more palpable reason. . . .

[TRADUCTION]

j (1) Il se peut que l'auteur de la déclaration présentée soit maintenant *décédé*, hors du ressort, *aliéné* ou, *pour quelque autre motif, non disponible* aux fins de la vérification. C'est la raison la plus courante et la plus évidente. . . .

l (2) La déclaration peut être telle qu'on ne peut pas, de nouveau ou à ce moment-ci, obtenir des mêmes sources ou d'autres sources une *preuve de même valeur*. [.] La nécessité n'est pas aussi grande; il s'agit peut-être à

or convenience, can be predicated. But the principle is the same. [Emphasis in original.]

As an example of the second type of necessity, many established hearsay exceptions do not rely on the unavailability of the witness. Some examples include admissions, present sense impressions and business records. This is because there are very high circumstantial guarantees of reliability attached to such statements, offsetting that fact that only expediency or convenience militate in favour of admitting the evidence.

Indeed, in shaping the law of hearsay in Canada, this Court has not treated necessity in the sense of unavailability as the *sine qua non* of admissibility. In *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608, for example, nurses' records were admitted as evidence at a medical negligence trial. The nurses, though present in court through the trial, were not called as witnesses. The Alberta Court of Appeal ordered a new trial, on the basis that Wigmore's necessity ground for the admission of hearsay was not satisfied since the nurses were available to testify. This Court allowed an appeal from this decision, holding at p. 626 that:

Hospital records, including nurses' notes, made contemporaneously by someone having a personal knowledge of the matters then being recorded and under a duty to make the entry or record should be received in evidence as *prima facie* proof of the facts stated therein.

The Court made no reference to the present availability of the nurses as it related to the admissibility of the hearsay evidence, except to note their presence in court meant that the defendant could have challenged the accuracy of the notes if he had so wished. Similarly, the maker of the prior inconsistent statement is present in court as a witness to be examined and cross-examined as to the accuracy of the recording of the statement. *Ares v. Venner* stands as an example of a judicially-created hear-

peine d'une nécessité; on peut supposer qu'il s'agit d'une simple commodité. Mais le principe demeure le même. [En italique dans l'original.]

Nombre d'exceptions établies à l'exclusion du ouï-dire ne reposent pas sur la non-disponibilité du témoin et peuvent être citées comme exemples du deuxième type de nécessité. Parmi ces exemples, notons les aveux, les impressions du moment et les dossiers d'entreprise. C'est que de très fortes garanties circonstancielles de fiabilité se rattachent à de telles déclarations, ce qui compense le fait que seule la commodité milite en faveur de l'admission de la preuve.

En effet, en façonnant le droit en matière de ouï-dire au Canada, notre Cour a jugé que la nécessité, dans le sens de la non-disponibilité, n'était pas une condition sine qua non de l'admissibilité. Dans l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, par exemple, les notes des infirmières ont été admises en preuve dans un procès pour négligence médicale. Bien qu'elles aient été présentes dans la salle d'audience, les infirmières n'ont pas été appelées à témoigner. La Cour d'appel de l'Alberta a ordonné la tenue d'un nouveau procès parce que le motif de la nécessité, énoncé par Wigmore, pour que la preuve par ouï-dire soit admissible n'avait pas été établi, puisque les infirmières étaient présentes et pouvaient témoigner. Notre Cour a fait droit au pourvoi formé contre cet arrêt, concluant, à la p. 626:

Les dossiers d'hôpitaux, y compris les notes des infirmières, rédigés au jour le jour par quelqu'un qui a une connaissance personnelle des faits et dont le travail consiste à faire les écritures ou rédiger les dossiers, doivent être reçus en preuve, comme preuve *prima facie* des faits qu'ils relatent.

La Cour n'a pas fait mention de la disponibilité des infirmières, par rapport à l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, sauf pour noter que leur présence dans la salle d'audience signifiait que le défendeur aurait pu contester l'exactitude des notes, s'il avait voulu le faire. De la même façon, l'auteur de la déclaration antérieure incompatible est présent dans la salle d'audience et peut être interrogé et contre-interrogé comme témoin sur l'exactitude de l'enregistrement de la déclaration.

say exception which did not require unavailability. While the decisions in *Khan* and *Smith* established that Canadian courts will no longer carve out categorical “exceptions”, the new approach shares the same principled basis as the existing exceptions.

I note also that some lower courts interpreting this Court’s decision in *Khan* have also given the necessity criterion a flexible definition. In *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641, the Ontario Court of Appeal returned to the incident which led to this Court’s decision in *R. v. Khan*. The disciplinary hearing took place some four years after the initial incident, at which time the child complainant was old enough to testify. However, the committee also heard evidence from the complainant’s mother and other persons to whom the complainant had described the assault. The Ontario Court of Appeal held that this was not an error, since the interval between the time of the assault and the time of the disciplinary hearing meant that the complainant’s ability to recall and recount the assault had deteriorated, compared to her statements immediately after the incident. Thus, the court held that the testimony of certain of the witnesses to whom the complainant described the assault was admissible under the *Khan* test, since it was “reasonably necessary” in the circumstances, and (at p. 655) “[a] rule which would automatically exclude the out-of-court statement where the child testifies is inconsistent with *Ares v. Venner, supra*, the authority relied on in *Khan*.^b

The precise limits of the necessity criterion remain to be established in the context of specific cases. It may be that in some circumstances, the availability of the witness will mean that hearsay evidence of that witness’s prior consistent (the kind of statement at issue in *Khan*) statements will not be admissible. However, I am not prepared, at this point, to adhere to a strict interpretation that

L’arrêt *Ares c. Venner* fournit un exemple d’une exception à l’exclusion du oui-dire élaborée par les tribunaux, qui n’exigeait pas de non-disponibilité. Certes, les arrêts *Khan* et *Smith* ont établi que les tribunaux canadiens n’établiront plus de catégories d’«exceptions», mais la nouvelle analyse repose sur les mêmes principes que les exceptions existantes.^a

^b Je remarque en outre que certains tribunaux d’instance inférieure qui ont interprété l’arrêt *Khan* de notre Cour ont aussi donné une définition souple au critère de la nécessité. Dans l’arrêt *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641, la Cour d’appel de l’Ontario s’est penchée à nouveau sur l’incident qui a amené l’arrêt de notre Cour *R. c. Khan*. L’audience disciplinaire a eu lieu environ quatre ans après l’incident et l’enfant qui était la plaignante était alors habile à témoigner. Toutefois, le comité a entendu aussi le témoignage de la mère et d’autres personnes à qui la plaignante avait relaté l’agression. La Cour d’appel de l’Ontario a jugé qu’il ne s’agissait pas d’une erreur parce que le laps de temps écoulé entre l’agression et l’audience disciplinaire avait diminué la capacité de la plaignante de se rappeler et de relater l’agression, par rapport à ses déclarations immédiatement après l’incident. La cour a donc conclu que le témoignage de certains des témoins à qui la plaignante avait décrit l’agression était admissible selon le critère établi dans l’arrêt *Khan* car il était [TRADUCTION] «raisonnablement nécessaire» dans les circonstances, et (à la p. 655) «[u]ne règle qui exclurait automatiquement la déclaration extrajudiciaire de l’enfant qui dépose serait incompatible avec l’arrêt *Ares c. Venner*, précité, le précédent qui est cité dans l’arrêt *Khan*.^c

ⁱ Les limites précises du critère de la nécessité restent à établir dans le contexte de cas particuliers. Parfois, la disponibilité du témoin pourra signifier que la preuve par oui-dire de déclarations antérieures compatibles de ce témoin (le genre de déclaration en cause dans l’arrêt *Khan*) ne sera pas admissible. Toutefois, je ne suis pas disposé, à ce moment-ci, à souscrire à une interprétation stricte

makes unavailability an indispensable condition of necessity.

In the case of prior inconsistent statements, it is patent that we cannot expect to get evidence of the same value from the recanting witness or other sources: as counsel for the appellant claimed, the recanting witness holds the prior statement, and thus the relevant evidence, "hostage". The different "value" of the evidence is found in the fact that something has radically changed between the time when the statement was made and the trial and, assuming that there is a sufficient degree of reliability established under the first criterion, the trier of fact should be allowed to weigh both statements in light of the witness's explanation of the change.

qui fait de la non-disponibilité une condition indispensable de la nécessité.

a Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, il est évident que nous ne pouvons nous attendre à ce qu'une preuve de même valeur soit obtenue du témoin qui se rétracte ou d'autres sources: comme l'a soutenu l'avocat de l'appelante, le témoin qui se rétracte retient en «gage» la déclaration antérieure, et donc la preuve pertinente. La «valeur» différente de la preuve réside dans le fait que quelque chose a changé radicalement entre le moment où la déclaration a été faite et le procès *b* et, à supposer qu'un degré suffisant de fiabilité ait été établi selon le premier critère, le juge des faits devrait être autorisé à soupeser les deux déclarations en tenant compte de l'explication de ce changement donnée par le témoin.

B. *The Voir Dire*

Pursuant to the circumstantial guarantees of reliability described above, prior statements may be used as substantive evidence of their contents by the jury. The two-stage process by which this may be done must now be described. After the calling party invokes s. 9 of the *Canada Evidence Act*, and fulfills its requirements in the *voir dire* held under that section, the party must then state its intention in tendering the statement. If the party indicates that it wishes to use the statement only to impeach the credibility of the witness, that is the end of the matter as regards the reformed rule: the trial proceeds as it did under the orthodox rule, with the judge instructing the jury accordingly. If, however, the party gives notice that it will seek to make substantive use of the statement, the trial judge must continue the *voir dire* to satisfy him or herself on the appropriate measure (which I will discuss below) that these indicia of reliability, or acceptable substitutes, are present: the oath, affirmation, or solemn declaration will be proved, the person who administered the oath, affirmation, or solemn declaration will testify that he or she also administered the warning (or perhaps this could be incorporated into the oath, affirmation, or solemn declaration), and the videotape will be tendered into evidence, its authenticity sworn to, and, if the trial

c Suivant les garanties circonstancielles de fiabilité décrites plus haut, les déclarations antérieures peuvent être soumises au jury à titre de preuve de fond de leur contenu. Il y a lieu maintenant de décrire le processus en deux étapes par lequel cela peut être accompli. Après que la partie qui a cité le témoin a invoqué l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* et satisfait à ses exigences dans un *voir-dire* tenu conformément à cet article, la partie doit alors déclarer dans quelle intention elle produit la déclaration. Si la partie indique qu'elle veut utiliser la déclaration seulement pour attaquer la crédibilité du témoin, tout est dit, en ce qui concerne la règle réformée: le procès suit son cours conformément à la règle orthodoxe et le juge donne des instructions au jury en conséquence. Si, toutefois, la partie fait part de son intention de faire admettre la déclaration comme preuve de fond, le juge du procès doit poursuivre le *voir-dire* afin de s'assurer, dans la mesure appropriée (que j'examinerai plus loin), que les indices de fiabilité qui suivent, ou des substituts acceptables, sont présents: le serment ou l'affirmation ou la déclaration solennelles seront prouvés, la personne qui a fait prêter serment ou reçu l'affirmation ou la déclaration solennelles témoignera qu'elle a aussi fait la mise en garde (ou peut-être celle-ci peut être incorporée dans le ser-

i

j

judge wishes, screened to ensure its veracity and integrity.

With respect to the burden of proof in the *voir dire*, ordinarily the trial judge should be satisfied that these indicia of reliability are established on the balance of probabilities, the normal burden resting upon a party seeking to admit evidence. This is no more than a corollary of the requirement that the prior statements must relate evidence which would have been admissible as the witness's sole testimony had he or she not recanted.

A different situation might exist where the prior statement reports an admission made by the accused. If the statement is not made to a person in authority no special burden is required, since the ordinary burden for the admission of evidence would have applied to the witness's testimony at trial had he or she not recanted. However, if the prior statement reports an admission of the accused made to a person in authority, the higher burden associated with the law relating to confessions may well apply. Such incidents will be rare, since persons in authority who receive statements in the course of their duties from accused persons will not often recant. Additionally, if an agent of the state elicits a statement from a detained accused, the case law developed under the *Charter* in this respect would have to be considered with respect to the burden during the *voir dire*.

As neither of these issues arise in this case (since the recanting witnesses were clearly neither persons in authority in relation to the accused, nor were they agents of the state when the accused made his admissions to them, nor was the accused detained), I would leave those rare and theoretical situations to be addressed when and if they arise.

ment ou dans l'affirmation ou la déclaration solennelles), et la bande vidéo sera versée en preuve, son authenticité sera attestée sous serment et, si le juge du procès l'estime à propos, elle sera visionnée afin que sa véracité et son intégralité puissent être vérifiées.

Quant au fardeau de la preuve applicable en matière de voir-dire, en général le juge du procès devrait être convaincu que ces indices de fiabilité sont établis selon la prépondérance des probabilités, le fardeau habituel incomtant à la partie qui cherche à faire admettre une preuve. Il s'agit là d'un simple corollaire à la nécessité que les déclarations antérieures fassent état d'une preuve qui aurait été admissible comme seule déposition du témoin si ce dernier ne s'était pas rétracté.

Il pourrait en être autrement lorsque la déclaration antérieure rapporte un aveu de l'accusé. La déclaration faite à une personne qui n'est pas en situation d'autorité ne nécessite aucun fardeau particulier puisque le fardeau habituel en matière d'admission de la preuve aurait été appliqué à la déposition du témoin au procès si ce dernier ne s'était pas rétracté. Toutefois, si la déclaration antérieure rapporte un aveu de l'accusé à une personne en situation d'autorité, il est bien possible que la norme supérieure associée au droit relatif aux confessions s'applique. De tels cas seront rares puisque les personnes en situation d'autorité qui, dans le cadre de leurs fonctions, recueillent des déclarations faites par des accusés se rétractent rarement. En outre, si un représentant de l'État obtient une déclaration d'un accusé alors que celui-ci est détenu, il y aurait lieu de tenir compte de la jurisprudence élaborée dans le cadre de la *Charte* à cet égard quant à la norme applicable au cours du voir-dire.

Puisqu'aucune de ces questions n'est soulevée en l'espèce (les témoins qui se sont rétractés n'étant manifestement ni des personnes en situation d'autorité aux yeux de l'accusé, ni des représentants de l'État au moment où ce dernier leur a fait des aveux, et l'accusé n'étant pas détenu), je laisserais la résolution de ces situations exceptionnelles et théoriques en suspens jusqu'à ce qu'elles se produisent.

However, I would incorporate another aspect of the rule relating to confessions in the *voir dire*. Even where there has been a warning and oath administered, and the statement videotaped, or sufficient substitutes established, the trial judge will still have the discretion to refuse to allow the jury to make substantive use of the statement. Prior statements share many characteristics with confessions, especially where police investigators are involved. Proponents of the orthodox rule voice the concern that malign influences on the witness by police may precede the making of the statement and shape its content, in the same way that confessions may be suspect if coerced by police investigators. That is, it still may be the case that the oath and videotape, and the acknowledgement of the warning, were made under circumstances that make them suspect. For this reason, the test developed by this Court for the admission of confessions is well-suited to making a threshold determination of whether the circumstances under which the statement was made undermine the veracity of the indicia of reliability.

The classic statement of the first part of the confession rule appears in *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599 (P.C.), at p. 609:

It has long been established as a positive rule of English criminal law, that no statement by an accused is admissible in evidence against him unless it is shewn by the prosecution to have been a voluntary statement, in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority.

Ibrahim was first adopted by this Court in *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226, and was extended in decisions such as *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376, in which Beetz J. wrote (at pp. 424-25):

Furthermore, the principle which inspires the rule remains a positive one; it is the principle of voluntariness. The principle always governs and may justify an

Toutefois, j'introduirais dans le voir-dire un élément supplémentaire de la règle régissant les confessions. Même s'il y a eu mise en garde et serment, et enregistrement de la déclaration sur bande vidéo, ou preuve de substituts suffisants, le juge du procès a toujours le pouvoir discrétionnaire de refuser que la déclaration soit soumise au jury comme preuve de fond. Les déclarations antérieures et les confessions présentent de nombreuses caractéristiques communes, en particulier lorsque l'enquête est menée par des policiers. Les défenseurs de la règle orthodoxe s'inquiètent de ce que des influences pernicieuses de la police puissent précéder la déclaration et en déterminer le contenu, de la même manière que des confessions peuvent être suspectes si les enquêteurs les ont obtenues par la coercition. C'est-à-dire qu'il est encore possible que le serment et l'enregistrement sur bande vidéo, ainsi que la reconnaissance de la mise en garde, aient été faits dans des circonstances qui les rendent suspects. Pour cette raison, le critère élaboré par notre Cour à l'égard de l'admission des confessions convient bien lorsqu'il s'agit de déterminer, préalablement, si les circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite battent en brèche la véracité des indices de fiabilité.

L'énoncé classique de la première partie de la règle relative aux confessions se trouve dans l'arrêt *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599 (C.P.), à la p. 609:

[TRADUCTION] C'est une règle formelle du droit criminel anglais depuis longtemps établie qu'aucune déclaration d'un accusé n'est recevable contre lui à titre de preuve, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne en situation d'autorité.

L'arrêt *Ibrahim* a d'abord été adopté par notre Cour dans l'arrêt *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226 et sa portée a été élargie dans des arrêts tels que l'arrêt *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, dans lequel le juge Beetz écrit (aux pp. 424 et 425):

En outre, le principe qui a inspiré la règle est positif; c'est le principe du caractère volontaire. Ce principe vaut dans tous les cas et peut justifier l'extension de la

extension of the rule to situations where involuntariness has been caused otherwise than by promises, threats, hope or fear, if it is felt that other causes are as coercive as promises or threats, hope or fear and serious enough to bring the principle into play.

I would apply this test to prior statements. The trial judge must satisfy him or herself (again, in the majority of cases on the balance of probabilities) on the *voir dire* that the statement was not the product of coercion of any form, whether it involves threats, promises, excessively leading questions by the investigator or other person in a position of authority, or other forms of investigatory misconduct.

I would add another element to the trial judge's inquiry to address situations where the first factor might be satisfied, but there are other aspects of police conduct which militate against rewarding that conduct by admitting the evidence. In *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 696, I wrote that even if the *Ibrahim* test was satisfied to make a confession admissible, such a confession "shall nevertheless be excluded if its use in the proceedings would, as a result of what was said or done by any person in authority in eliciting the statement, bring the administration of justice into disrepute".

It must be stressed that the trial judge is not making a determination on the *voir dire* as to the ultimate reliability and credibility of the statement. As I have indicated, that is a matter for the trier of fact. The trial judge need not be satisfied that the prior statement was true and should be believed in preference to the witness's current testimony. This distinction is also derived from the law relating to confessions. In *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23, at pp. 25-26, Cartwright C.J. noted that:

The main reason assigned for the rule that an involuntary confession is to be excluded is the danger that it may be untrue but, as has been recently reasserted by

règle aux cas où l'extorsion d'une déclaration a une autre cause que les promesses, les menaces, l'espoir ou la crainte, si l'on estime que d'autres causes ont un effet aussi coercitif que les promesses ou les menaces, l'espoir ou la crainte et sont assez graves pour faire jouer le principe.

J'appliquerai ce critère aux déclarations antérieures. Le juge du procès doit s'assurer par le voir-dire (une fois de plus, selon la prépondérance des probabilités dans la majorité des cas) que la déclaration n'est pas le produit de la coercition sous quelque forme que ce soit, savoir menaces, promesses, questions trop tendancieuses de l'enquêteur ou d'une autre personne en situation d'autorité, ou d'autres formes de manœuvre frauduleuse des enquêteurs.

J'ajouterais un autre élément à l'examen que doit faire le juge du procès afin de tenir compte des cas où le premier facteur pourrait être présent, mais où d'autres aspects de la conduite des policiers militeraient contre l'admission de la preuve, qui aurait pour effet de récompenser cette conduite. Dans l'arrêt *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 696, j'écris que, même si l'on a satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *Ibrahim* de façon qu'une confession soit admissible, celle-ci «doit néanmoins être exclue si, par suite de ce qu'aurait pu dire ou faire une personne en situation d'autorité dans le but d'obtenir la déclaration, l'utilisation qu'on en ferait dans l'instance ternirait l'image de la justice».

Il faut bien préciser que le juge du procès, par le voir-dire, ne détermine pas de façon définitive la fiabilité et la crédibilité de la déclaration. Je le répète, c'est au juge des faits qu'appartient cette décision. Il n'est pas nécessaire que le juge du procès soit convaincu que la déclaration antérieure était vraie et qu'il faut y ajouter foi de préférence au présent témoignage du témoin. Cette distinction provient aussi des règles régissant les confessions. Dans l'arrêt *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23, aux pp. 25 et 26, le juge en chef Cartwright fait observer:

C'est surtout parce qu'elle risque d'être fausse que la confession extorquée doit être écartée, mais comme cette Cour l'a réaffirmé récemment dans *DeClercq c. La*

this Court in *DeClercq v. The Queen* [[1968] S.C.R. 902], the answer to the question whether such a confession should be admitted depends on whether or not it was voluntary not on whether or not it was true.

Similarly, in *Rothman*, I wrote, at p. 691, that

a statement before being left to the trier of fact for consideration of its probative value should be the object of a *voir dire* in order to determine, not whether the statement is or is not reliable, but whether the authorities have done or said anything that could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue. It is of the utmost importance to keep in mind that the inquiry is not concerned with reliability but with the authorities' conduct as regards reliability.

Thus, to summarize the discussion of the *voir dire*: in the part of the *voir dire* addressing the new rule, the trial judge must first satisfy him or herself that the indicia of reliability necessary to admit hearsay evidence of prior statements—a warning, oath, solemn affirmation, or solemn declaration, and videotape record, or sufficient substitutes—are present and genuine. If they are, he or she must then examine the circumstances under which the statement was obtained, to satisfy him or herself that the statement supported by the indicia of reliability was made voluntarily if to a person in authority, and that there are no other factors which would tend to bring the administration of justice into disrepute if the statement was admitted as substantive evidence. In most cases, as in this case, the party seeking to admit the prior inconsistent statements as substantive evidence will have to establish that these requirements have been satisfied on the balance of probabilities. The trial judge is not to decide whether the prior inconsistent statement is true, or more reliable than the present testimony, as that is a matter for the trier of fact. Once this process is complete, and all of its constituent elements satisfied, the trial judge need not issue the standard limiting instruction to the jury, but may instead tell the jury that they may take the statement as substantive evidence of its contents, or, if he or she is sitting alone, make substantive use of the statement, giving the evidence the appropriate weight after taking into account all of the circum-

Reine [[1968] R.C.S. 902], c'est la nature volontaire d'une confession et non sa véracité qui en détermine la recevabilité.

a

De même dans l'arrêt *Rothman*, j'écris à la p. 691:

... avant de permettre au juge des faits d'en examiner la valeur probante, une déclaration doit être soumise au voir dire en vue d'établir non pas si la déclaration est digne de foi, mais si les autorités ont fait ou dit une chose qui ait pu amener l'accusé à faire une déclaration qui soit ou qui puisse être fausse. Il importe au plus haut point de se rappeler que l'enquête ne porte pas sur la fiabilité mais sur la conduite des autorités relativement à la fiabilité.

d

Je résumerai ainsi le déroulement du *voir-dire*: dans la partie qui porte sur la nouvelle règle, le juge du procès doit d'abord s'assurer que les indices de fiabilité nécessaires pour l'admission de la preuve par oui-dire des déclarations antérieures—mise en garde, serment, affirmation ou déclaration solennelles, et enregistrement sur bande vidéo, ou substituts suffisants—sont présents et authentiques. Dans l'affirmative, il doit alors examiner les circonstances dans lesquelles la déclaration a été obtenue, s'assurer que, si la déclaration étayée par les indices de fiabilité a été faite à une personne en situation d'autorité, elle a été faite volontairement et qu'aucun autre facteur ne serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice si la déclaration était admise comme preuve de fond. Dans la plupart des cas, comme en l'espèce, la partie qui cherche à faire admettre les déclarations antérieures incompatibles comme preuve de fond devra établir, selon la prépondérance des probabilités, que ces conditions ont été remplies. Le juge du procès ne doit pas décider si la déclaration antérieure incompatible est vraie, ni si elle est plus digne de foi que le témoignage actuel, car cette décision revient au juge des faits. Une fois ce processus terminé et que tous ses éléments constitutifs ont été vérifiés, il n'est pas nécessaire que le juge du procès donne au jury la directive restrictive habituelle, mais il peut au lieu de cela dire aux jurés qu'ils peuvent considérer la déclaration comme une preuve de fond de son con-

e

f

g

h

i

j

stances. In either case, the judge must direct the trier of fact to consider carefully these circumstances in assessing the credibility of the prior inconsistent statement relative to the witness's testimony at trial. For example, where appropriate the trial judge might make specific reference to the significance of the demeanour of the witness at all relevant times (which could include when making the statement, when recanting at trial, and/or when presenting conflicting testimony at trial), the reasons offered by the witness for his or her recantation, any motivation and/or opportunity the witness had to fabricate his or her evidence when making the previous statement or when testifying at trial, the events leading up to the making of the first statement and the nature of the interview at which the statement was made (including the use of leading questions, and the existence of pre-statement interviews or coaching), corroboration of the facts in the statement by other evidence, and the extent to which the nature of the witness's recantation limits the effectiveness of cross-examination on the previous statement. There may be other factors the trier of fact should consider, and the trial judge should impress upon the trier of fact the importance of carefully assessing all such matters in determining the weight to be afforded prior inconsistent statements as substantive evidence.

tenu ou, s'il siège seul, la tenir lui-même pour une preuve au fond, en lui accordant le poids approprié après avoir pris en considération l'ensemble des circonstances. Dans les deux cas, le juge doit donner comme directive au juge des faits d'examiner soigneusement ces circonstances lorsqu'il évalue la crédibilité de la déclaration antérieure incompatible par rapport à la déposition du témoin au procès. Ainsi, lorsqu'il est opportun de le faire, le juge du procès pourrait mentionner spécifiquement l'importance du comportement du témoin à tous les moments pertinents (notamment au moment où le témoin a fait la déclaration, s'est rétracté au procès, ou y a donné un témoignage contradictoire), les explications fournies par le témoin sur la rétractation, tout ce qui a pu le motiver à fabriquer sa version au moment où il a fait la déclaration antérieure ou lorsqu'il a témoigné au procès, ou les occasions qu'il a eues de le faire, les événements précédant la première déclaration et la nature de l'interrogatoire au cours duquel la déclaration a été faite (y compris l'utilisation de questions suggestives, l'existence d'interrogatoires menés avant que la déclaration ait été faite ou la préparation du témoin par ceux qui mènent l'interrogatoire), la corroboration par une autre preuve des faits relatés dans la déclaration et la mesure dans laquelle la rétractation du témoin atténue l'efficacité d'un contre-interrogatoire sur la déclaration antérieure. Il peut y avoir d'autres facteurs que le juge des faits devrait considérer; il appartient au juge du procès de bien faire comprendre à ce dernier l'importance d'étudier soigneusement toutes ces circonstances lorsqu'il détermine le poids des déclarations antérieures incompatibles comme preuve de fond.

h

Where the prior statement does not have the necessary circumstantial guarantees of reliability, and so cannot pass the threshold test on the *voir dire*, but the party tendering the prior statement otherwise satisfies the requirements of s. 9(1) or (2) of the *Canada Evidence Act*, the statement may still be tendered into evidence; but the trial judge must instruct the jury in the terms of the orthodox rule.

i
j
 Si la déclaration antérieure n'offre pas les garanties circonstancielles de fiabilité nécessaires, et ne satisfait donc pas au critère préliminaire examiné durant le *voir-dire*, mais que la partie qui présente la déclaration antérieure remplit par ailleurs les exigences prévues aux par. 9(1) ou (2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, la déclaration peut tout de même être produite en preuve, mais le juge du procès doit donner des directives au jury en conformité avec la règle orthodoxe.

VI — Disposition of This Appeal

In this case, while the statements of the recanting witnesses were videotaped, and counsel for the respondent had a full opportunity to cross-examine the witnesses at trial, the statements were not made under oath, solemn affirmation or by a solemn declaration. However, it may well be that sufficient substitutes for the oath and warning as indicia of reliability exist in this case. As this would be an issue of central importance at any new trial ordered for the respondent, I will express no opinion as to whether the new test is satisfied in this case beyond saying that it is at least possible. A trial judge might, having heard the evidence respecting the circumstances under which these statements were made, be satisfied on the balance of probabilities that the statements are sufficiently reliable to be substantively admissible.

In this case, the trial judge (sitting without a jury) refused to even consider the admissibility of the statements, considering himself bound by the orthodox rule. With this decision, the rule respecting prior inconsistent statements has been reformed. Given the trial judge's expressed belief that the witnesses were lying at trial, it is possible that he might have found sufficient indicia of reliability to admit the statements as substantive evidence. I would therefore allow the appeal and order a new trial at which the reformed rule relating to prior inconsistent statements will, if necessary, be applied by the trial judge, who will decide whether sufficient indicia of reliability and necessity are present in this case, and instruct the trier of fact to afford the prior statements the appropriate weight in reaching a verdict.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Cory JJ. were delivered by

CORY J.—At issue on this appeal is the interpretation that should be given to the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 9. Until now the courts have interpreted this section to permit the use of

VI — Dispositif

En l'espèce, bien que les déclarations des témoins qui se sont rétractés aient été enregistrées sur bande vidéo et que l'avocat de l'intimé ait eu la possibilité voulue de contre-interroger les témoins au procès, les déclarations n'ont pas été faites sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles. Toutefois, il est fort possible qu'en l'espèce il existe des substituts suffisants au serment et à la mise en garde à titre d'indice de fiabilité. Puisqu'il s'agirait là d'une question d'importance capitale si l'on ordonnait la tenue d'un nouveau procès de l'intimé, je me contenterai de remarquer qu'en l'espèce il est à tout le moins possible que le nouveau critère soit respecté. Un juge du procès pourrait, après avoir entendu la preuve relative aux circonstances entourant les déclarations, être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que les déclarations sont suffisamment fiables pour être admissibles quant au fond.

En l'espèce, le juge du procès (siégeant seul) a même refusé d'envisager l'admissibilité des déclarations, se considérant lié par la règle orthodoxe. Grâce à la présente décision, la règle régissant les déclarations antérieures incompatibles a été réformée. Le juge du procès s'étant dit convaincu que les témoins mentaient au procès, il est possible qu'il ait pu trouver des indices suffisants de fiabilité pour admettre les déclarations comme preuve de fond. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès au cours duquel le juge du procès appliquera, si nécessaire, la nouvelle règle régissant les déclarations antérieures incompatibles, décidera si, en l'espèce, il existe des indices suffisants de fiabilité et de nécessité, et donnera comme directive au juge des faits d'accorder aux déclarations antérieures le poids qu'il convient pour rendre un verdict.

i Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Cory rendus par

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi met en cause l'interprétation de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Jusqu'à aujourd'hui, les tribunaux ont jugé que cet article

prior contradictory statements solely for the purpose of attacking the credibility of the witness. In this case the prior statements of the witnesses were videotaped by the police during the course of their investigation of the death by stabbing of Joseph Wright. The videotaped statements of the witnesses implicated the respondent K.G.B. as the person responsible for the stabbing. At the respondent's trial for murder, the three witnesses recanted their earlier statements. The trial judge found that they were lying and that their earlier statements were true. However, he noted that he was bound by prior authority and was unable to accept the prior statements as evidence and therefore could not use them to establish the identity of the killer. The trial judge was proven to be correct in his assessment of the witnesses. Subsequently, they were charged with perjury as a result of their testimony at the trial and all three entered pleas of guilty to that charge.

I have read with interest the excellent reasons of the Chief Justice. I am in agreement with him that the rule against the substantive use of prior statements must be changed; that this Court is the appropriate institution to undertake the change; and that this change can be effected without infringing the *Charter* rights of an accused person. Further, I agree that a new trial must be ordered so that the substantive admissibility of the statements in this case can be considered. However, with respect, I differ from him with regard to the nature of the new rule.

The Chief Justice takes the position that as a general rule, in order to be admissible, a prior inconsistent statement must have been made under oath; the witness advised that he or she may be subject to some form of criminal prosecution (other than perjury) for falsehood; and the statement must be videotaped. Alternatively, he has determined that, exceptionally, substitutes for these requirements may be found. This involves an application of *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, which allow for hearsay to be admitted if its introduction is necessary and the evidence is reliable. With the greatest respect I find the first component of the rule

ne permettait l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles que pour attaquer la crédibilité du témoin. En l'espèce, les déclarations antérieures des témoins ont été enregistrées sur bande vidéo par la police qui enquêtait sur le décès de Joseph Wright, qui avait été poignardé. D'après ces déclarations, l'intimé K.G.B. aurait été l'agresseur. Au procès pour meurtre de ce dernier, les trois témoins ont rétracté leurs déclarations antérieures. Le juge du procès était d'avis qu'ils mentaient et qu'ils avaient dit la vérité dans leurs déclarations antérieures. Toutefois, il s'est dit lié par la jurisprudence et incapable d'accepter les déclarations antérieures comme preuve et, par conséquent, à les utiliser pour établir l'identité du meurtrier. Il s'est avéré que le juge du procès avait bien jugé les témoins. Subséquemment accusés de parjure en raison de leur témoignage au procès, ils ont tous trois plaidé coupables à cette accusation.

J'ai lu avec intérêt les excellents motifs du Juge en chef. Comme lui, je crois que la règle interdisant l'utilisation quant au fond des déclarations antérieures doit être revue et qu'il appartient à notre Cour d'entreprendre ce changement, lequel peut être réalisé sans qu'il soit porté atteinte aux droits garantis par la *Charte* aux accusés. Je conviens en outre qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour que puisse être examinée l'admissibilité quant au fond des déclarations en l'espèce. Toutefois, avec égards, je ne partage pas son opinion sur la nature de la nouvelle règle.

Le Juge en chef est d'avis qu'en règle générale une déclaration antérieure incompatible n'est admissible que si elle a été faite sous serment, si l'on a fait savoir au témoin qu'il s'expose à une certaine forme de poursuite criminelle (autre que pour parjure) pour mensonge, et si la déclaration a été enregistrée sur bande vidéo. Subsidiairement, il a conclu que d'autres conditions peuvent, exceptionnellement, venir se substituer à celles-là. Il s'agit alors d'appliquer les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915, qui autorisent l'admission du ouï-dire si cela s'impose et si la preuve est fiable. En toute déférence, j'estime trop restrictive le premier

requiring videotaping, a mandatory warning as to criminal liability for falsehood, and the administration of the oath to be too restrictive. Secondly, while I agree that *Khan* and *Smith* provide an alternative justification for changing the interpretation of s. 9 of the *Canada Evidence Act* set out in *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531, I do not think that their unmodified application to prior inconsistent statements would adequately protect the interests of the accused from the potential dangers that surround the introduction of statements made out of court.

élément de la règle exigeant l'enregistrement sur bande vidéo, la mise en garde obligatoire quant à la responsabilité criminelle pour mensonge et la prestation de serment. De plus, bien que je convienne que les arrêts *Khan* et *Smith* offrent une autre justification pour modifier l'interprétation de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui a été donnée dans l'arrêt *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531, je ne crois pas qu'en appliquant ces arrêts tels quels aux déclarations antérieures incompatibles on accorderait aux droits de l'accusé une protection adéquate contre les dangers éventuels que présente l'admission de déclarations extrajudiciaires.

I. Factual Background

In order to demonstrate the unfortunate result of the present rule, it is necessary for me to set out in some detail the factual background of this case. At 2:30 a.m. on Sunday, April 24, 1988, Joseph Wright and his brother Steven, got off a bus at the corner of Morningside and Sheppard Avenues in Scarborough, Ontario. A car containing four young men, pulled up beside them and words were exchanged. The people in the car got out and a fight ensued. Joseph Wright was slashed twice in the face and stabbed in the heart. This last wound caused his death. When Joseph Wright fell to the ground, the four young men got back into the car and drove away. The only issue at trial was which of the occupants of the car had stabbed Joseph Wright. The four occupants were the respondent K.G.B., P.L. then 16 years of age, P.M. 17 years of age and M.T. 16 years of age. Steven Wright testified that only one occupant of the car had a knife. That person was black. He saw him attacking his brother with a knife. He stated that, after stabbing his brother, this same person had attempted to stab him as well. The fact that Wright testified that the man he saw attacking his brother with the knife was black is of significance only because it eliminates as a suspect M.T., who is white.

I. Les faits

Pour démontrer le résultat regrettable de la règle actuelle, je me dois d'exposer de façon assez détaillée les faits de l'espèce. Le dimanche 24 avril 1988 à 2 h 30, Joseph Wright et son frère Steven descendant d'un autobus à l'intersection des avenues Morningside et Sheppard à Scarborough (Ontario). Une auto dans laquelle prenaient place quatre jeunes gens s'arrête près d'eux et des propos sont échangés. Les occupants du véhicule sortent et une bagarre se déclenche. Balafré au visage à deux reprises, Joseph Wright reçoit ensuite un coup de couteau au cœur. Cette dernière blessure lui est fatale. Lorsqu'il tombe, les quatre jeunes gens remontent dans l'automobile et s'enfuient. Au procès, l'unique question était de savoir qui, des occupants de la voiture, avait poignardé Joseph Wright. Les quatre occupants étaient l'intimé K.G.B., P.L., alors âgés de 16 ans, P.M., âgé de 17 ans et M.T., âgé de 16 ans. Steven Wright a témoigné qu'un seul occupant du véhicule était en possession d'un couteau, et qu'il était de race noire. Il l'a vu attaquer son frère avec un couteau. Après l'avoir poignardé, le même homme a tenté de s'en prendre également à lui. Le témoignage de Wright sur le fait que l'homme qu'il a vu attaquer son frère avec un couteau était de race noire n'est important qu'en ce qu'il élimine ainsi le suspect M.T., de race blanche.

There were differences between the description of the knife wielding attacker which Wright gave to the police following the incident and the description contained in his testimony at trial. As well his description differed from the manner in which P.L., P.M. and M.T. described the respondent. These differences related to the relative darkness of the attacker's complexion and the height and hair colour of K.G.B. For what it was worth, when he gave his evidence at the trial, Steven Wright identified the accused as the man who had stabbed his brother.

A. The Evidence of M.T. and the Circumstances of his Prior Statement

M.T. learned that the police wished to speak to him. Some two weeks after the incident, on May 9, 1988, he, in the company of his father, went to the police station. When they arrived the two investigating officers told them that while M.T. was not charged with any offence, that he could have a lawyer present during the interview. This offer was declined. At one point the interview was stopped in order to permit M.T.'s father who was present at all times to call and consult a lawyer. Counsel advised him that since his son was not under arrest, there was no need for legal assistance. The police asked M.T. whether he would like another relative present during the interview instead of his father. He replied that he did not. He was later allowed to consult in private with his father. The officers explained that they were investigating the death of Joseph Wright and that the statement was being videotaped. One of the officers asked M.T. on a number of occasions whether he was telling the truth. On every occasion he replied that he was.

La description de l'agresseur qui a brandi le couteau, donnée par Wright à la police après l'incident, est différente de celle qu'il a donnée dans son témoignage au procès. En outre, sa description de l'intimé diffère de celle qu'ont donnée P.L., P.M. et M.T. Ces différences portent sur le teint plus ou moins foncé de l'agresseur, la grandeur de K.G.B. et la couleur de ses cheveux. Sans que cela soit d'une grande valeur, lorsqu'il a témoigné au procès, Steven Wright a identifié l'accusé comme étant l'homme qui avait poignardé son frère.

A. Le témoignage de M.T. et les circonstances entourant sa déclaration antérieure

M.T. a appris que la police souhaitait lui parler. Le 9 mai 1988, quelque deux semaines après l'incident, il s'est présenté au poste de police en compagnie de son père. À leur arrivée, ils ont été avisés par les deux agents menant l'enquête que, bien qu'il n'était accusé de rien, M.T. avait droit à l'assistance d'un avocat au cours de l'interrogatoire. L'offre a été déclinée. À un moment donné, l'interrogatoire a été interrompu afin de permettre au père de M.T., présent tout au long de l'interrogatoire, d'appeler un avocat pour le consulter. Ce dernier l'a avisé que, son fils n'étant pas en état d'arrestation, aucune assistance juridique n'était nécessaire. La police a demandé à M.T. s'il désirait la présence d'un autre parent au cours de l'interrogatoire plutôt que celle de son père. Il a répondu par la négative. Il a plus tard pu s'entretenir seul avec son père. Les agents ont expliqué qu'ils menaient une enquête sur le décès de Joseph Wright et que la déclaration était enregistrée sur bande vidéo. L'un des policiers a demandé à plusieurs reprises à M.T. s'il disait la vérité. Chaque fois, il a répondu par l'affirmative.

Au cours de l'interrogatoire enregistré sur bande vidéo, M.T. a déclaré que tous les quatre occupants se trouvaient chez l'intimé le dimanche soir suivant l'incident. L'intimé, a-t-il déclaré, lui a alors dit: [TRADUCTION] «Je n'aurais pas dû utiliser le couteau... Je ne l'ai sorti que pour l'effrayer croyant qu'il s'enfuirait». Le témoin a alors reproduit aux policiers le mouvement que l'intimé a fait lorsqu'il a prononcé ces paroles. Le lundi après-

During the course of the videotaped interview, M.T. stated that all four occupants were at the respondent's house the Sunday evening following the incident. The respondent, he said, then told him "I shouldn't have used the knife . . . I pulled it out just to scare him thinking he would run away". The witness then demonstrated to the officers the slashing motion that the respondent used while he spoke these words. On the Monday afternoon fol-

lowing the killing, the four occupants of the car again met, this time in P.L.'s home. At this time, the respondent again said that he should not have used the knife. The respondent was also reported to have said that he threw the knife out. M.T. told the officers that the respondent was the only one of the four occupants of the car who had a knife.

At trial, the testimony of M.T. was radically different. He stated that while there was a conversation at the respondent's home after the stabbing, he could not hear what was being said by the respondent. He admitted to making the earlier videotaped statements to the police but said that he was lying at the time because he was "really scared". He testified that he was telling the truth in the witness box because he was under oath.

B. Prior Statement and Evidence at Trial of P.M.

The police came to P.M.'s home to speak to him. As a consequence of this visit he went to the police station on May 6, accompanied by his mother. He was told that he was not going to be charged with any offence at that time. He was advised that he could have a lawyer or any adult relative present during the course of the interview. He asked to have his mother with him during the interview and this request was, of course, granted. He was told that the interview would be videotaped. During the interview he told the officers that the respondent K.G.B. "usually carries a knife". He said that during the fight "he [K.G.B.] had the knife open a little bit". He stated that the respondent told him that "he had the knife open". At the end of the interview, both the police and his mother asked him whether he had told the whole truth and he replied that he had.

At trial, P.M. also changed his story. He testified that when he and M.T. and P.L. went to the respondent's house, the respondent told him that he had heard nothing about what had happened at Sheppard and Morningside, and the three then left. P.M. said that the statement that he had given to police earlier was "lies" to "get myself out of it".

midu suivant le meurtre, les quatre occupants de l'automobile se sont rencontrés à nouveau, cette fois chez P.L. L'intimé a alors réitéré qu'il n'aurait pas dû utiliser le couteau. Il aurait également dit l'avoir jeté. M.T. a déclaré aux policiers que, des occupants du véhicule, seul l'intimé était en possession d'un couteau.

Au procès, M.T. a donné un témoignage totalement différent. Il a déclaré qu'il y avait bien eu une conversation chez l'intimé après l'agression à coups de couteau, mais qu'il n'avait pu entendre les propos de l'intimé. Il a admis avoir fait à la police les déclarations antérieures enregistrées sur bande vidéo, ajoutant qu'il avait alors menti parce qu'il avait [TRADUCTION] «vraiment peur». Il a témoigné qu'à la barre des témoins il disait la vérité parce qu'il était sous serment.

B. La déclaration antérieure de P.M. et son témoignage au procès

La police s'est présentée chez P.M. dans le but de lui parler. Le 6 mai, en conséquence de cette visite, P.M. s'est rendu au poste de police en compagnie de sa mère. Les policiers lui ont dit qu'il n'était pas pour l'instant accusé de quoi que ce soit. Ils l'ont informé de son droit à la présence d'un avocat ou d'un parent adulte à l'interrogatoire. Il a demandé que sa mère soit présente, et sa demande a évidemment été accordée. Les policiers l'ont avisé que l'interrogatoire serait enregistré sur bande vidéo. Au cours de celui-ci, il a déclaré aux policiers que l'intimé K.G.B. [TRADUCTION] «porte habituellement un couteau». Selon lui, au cours de la bagarre, [TRADUCTION] «il [K.G.B.] tenait son couteau un peu ouvert». Il a également déclaré que l'intimé lui avait dit que [TRADUCTION] «son couteau était ouvert». À la fin de l'interrogatoire, les policiers et sa mère lui ont demandé s'il avait dit la vérité, ce à quoi il a répondu par l'affirmative.

Au procès, P.M. a lui aussi modifié son récit. Il a témoigné que, lorsque lui, M.T. et P.L. se sont rendus chez l'intimé, ce dernier lui a dit qu'il n'avait eu vent de rien à propos de ce qui s'était produit à l'intersection de Sheppard et Morningside; les trois visiteurs sont alors partis. P.M. a témoigné que sa déclaration faite à la police anté-

He too denied that he was lying to the court and said he was telling the truth because he was now under oath.

C. Prior Statement and the Evidence of P.L. at Trial

At the suggestion of his mother, P.L. went to the police station on May 6, 1988. He was accompanied by his brother, his mother and a lawyer who he had retained. His brother and the lawyer were with him throughout the interview. He was told that he would be given the opportunity to consult with the lawyer in private if he so wished. He was also told he was not obligated to say anything at all to the police. P.L.'s lawyer was of course permitted to intervene and did so on at least two occasions during the interview. In the videotaped interview he stated that K.G.B. had explained that the stabbing was a "fast reaction" on his part because the deceased had punched him in the eye.

rieurement était un [TRADUCTION] «mensonge» visant à [TRADUCTION] «me disculper». Il a lui aussi déclaré qu'il ne mentait pas à la cour parce qu'il était alors sous serment.

C. La déclaration antérieure de P.L. et son témoignage au procès

Le 6 mai 1988, à la suggestion de sa mère, P.L. b s'est rendu au poste de police. Il était accompagné de son frère, de sa mère et d'un avocat dont il avait retenu les services. Son frère et l'avocat étaient avec lui tout au long de l'interrogatoire. Les policiers l'ont avisé de la possibilité, s'il le désirait, de consulter l'avocat en privé. Ils lui ont également fait savoir qu'il n'était pas obligé de leur dire quoi que ce soit. L'avocat de P.L. a évidemment été autorisé à intervenir, ce qu'il a fait au moins à deux reprises. Au cours de son interrogatoire enregistré sur bande vidéo, P.L. a déclaré que K.G.B. d lui avait expliqué que l'agression à coups de couteau était [TRADUCTION] «une riposte» de sa part, la victime lui ayant asséné un coup de poing sur e l'œil.

Au procès, P.L., comme les autres témoins, a f modifié son témoignage. Il a déclaré avoir menti au poste de police parce qu'il avait [TRADUCTION] «simplement peur» et voulait quitter le poste. Il croyait dire aux policiers ce qu'ils désiraient entendre. Il a déclaré qu'en fait il n'avait pu entendre la conversation tenue entre P.M. et l'intimé relative gment aux événements survenus la nuit du meurtre.

At trial, P.L., like the other witnesses changed his testimony. He said that he had lied at the police station because he was "just scared" and wanted to get out of there. He thought he was telling the police what they wanted to hear. He said that he could not in fact hear what was being said in the conversation between P.M. and the respondent regarding events on the night of the killing.

II. The Courts Below

Youth Court

The findings of Judge MacDonnell at trial regarding the testimony of the three witnesses are significant. He found that the prior statements of the Crown witnesses' M.T., P.L. and P.M. independently identified the respondent as the person who possessed and wielded the knife at the time of the incident. He found that the respondent's comments to the witnesses after the incident amounted to an admission by K.G.B. that he had in fact stabbed the deceased. He concluded that the evidence of these witnesses given in court was "lies".

Les conclusions du juge MacDonnell au procès concernant le témoignage des trois témoins sont révélatrices. Il a conclu que, dans leurs déclarations antérieures, les témoins à charge M.T., P.L. i et P.M. avaient respectivement identifié l'intimé comme la personne qui, au moment de l'incident, possédait le couteau et l'avait brandi. Selon le juge du procès, par ses commentaires aux témoins après l'incident, K.G.B. a avoué avoir effectivement poignardé la victime. Il a conclu que les dépositions de ces témoins au procès étaient des [TRADUCTION]

II. Les juridictions inférieures

Le Tribunal pour adolescents

He went on to find that the unsworn out of court statements constituted the true version of events.

I have no doubt their recantations are false. That is, I have no doubt that on this point they were telling the police the truth as they knew it about what the accused said. [Emphasis added.]

He found that "it [was] simply unbelievable" that the version given to the police by these witnesses had been manufactured or that the three had collaborated before speaking to the officers. He concluded that the interviews conducted by the police were "completely above-board, proper, non-oppressive, non-coercive". He observed that despite what "common sense might suggest" he was not at liberty to believe the version of the events given to the police in the prior statements. He noted that if the version of events given in the statements:

... did occur, there would be substantial evidence to confirm the identification evidence given earlier by Steven Wright, and the issue of the accused's use of the knife might be resolved against him.

The trial judge viewed only short extracts of the police videotape in reaching these conclusions. It would of course be preferable for a trial judge to view the entire tape. However, there is no doubt that in this case the parties consented to the trial judge making his assessment based on those extracts of the videotape which were viewed and the complete transcript which he read. He found that the uncorroborated in court "dock" identification of K.G.B. by Steven Wright could not be the basis of a conviction. Since he could not consider the prior statements as evidence, he acquitted the respondent.

Court of Appeal (1991), 49 O.A.C. 30

The Court of Appeal upheld the acquittal and dismissed the Crown's appeal. It decided that it was bound by the decisions of this Court which held that prior inconsistent statements could only be used to test the credibility of the witness.

«mensonges», et que c'était dans les déclarations extrajudiciaires faites sans qu'il y ait eu serment qu'il se trouvait la vérité.

[TRADUCTION] Je suis certain que leur rétractation est fausse. C'est-à-dire que je suis certain que, sur ce point, ce qu'ils ont dit à la police au sujet de ce que l'accusé leur avait dit était vrai. [Je souligne.]

Il a conclu qu' [TRADUCTION] «il était simplement incroyable» que ces témoins aient fabriqué la version donnée aux policiers ou qu'ils se soient concertés avant de leur parler. Selon le juge, les interrogatoires menés par la police étaient [TRADUCTION] «tout à fait sans reproche, réguliers, ni oppressifs, ni coercitifs». Il a remarqué qu'en dépit de [TRADUCTION] «ce que le bon sens pourrait suggérer» il n'était pas libre de croire la version des événements donnée à la police dans la déclaration antérieure. Il a souligné que si cette version des événements:

[TRADUCTION] ... était vérifique, il s'agirait d'une preuve substantielle confirmant l'identification faite antérieurement par Steven Wright, et la question de l'utilisation du couteau par l'accusé pourrait être résolue à son désavantage.

Le juge du procès n'a visionné que de brefs extraits des bandes vidéo de la police pour tirer ces conclusions. Il serait évidemment préférable qu'un juge du procès regarde l'enregistrement intégral. Toutefois, il n'y a aucun doute qu'en l'espèce les parties ont consenti à ce que le juge du procès fonde son appréciation sur le visionnement de ces extraits de la bande et la lecture intégrale de la transcription. Il a conclu que l'identification non corroborée de K.G.B. alors qu'il était au banc des accusés, faite par Steven Wright, ne pouvait justifier une déclaration de culpabilité. Comme il ne pouvait tenir compte des déclarations antérieures comme preuve, il l'a acquitté l'intimé.

La Cour d'appel (1991), 49 O.A.C. 30

La Cour d'appel a confirmé l'acquittement et rejeté l'appel du ministère public. Elle s'estimait liée par les décisions où notre Cour a conclu que les déclarations antérieures incompatibles ne pouvaient être utilisées que pour évaluer la crédibilité du témoin.

III. The Arguments Against the Use of Prior Contradictory Statements for Substantive purposes

Let us consider first the arguments that have been raised against the admission of prior contradictory statements as evidence.

A. The Absence of the Oath

The Chief Justice has set out in his reasons the concerns that have been expressed regarding the admission of prior contradictory statements for substantive purposes. Perhaps the foremost concern is that the prior statement is not given under oath. Indeed the Chief Justice has made the oath a prerequisite to admissibility except in exceptional circumstances where an adequate substitute may be found. Courts have always stressed the importance of the oath. In medieval times the taking of an oath to tell the truth by placing a bare hand upon a sacred object was of fundamental importance. It was firmly believed that to defy the oath by lying would lead to divine retribution that would include punishment in this earthly life and eternal damnation in the hereafter. However, the medieval fear of damnation has diminished. Similarly the influence of religion in the affairs of men and women has decreased. There can be little doubt that the taking of an oath is frequently no more than a meaningless ritualistic incantation for many witnesses. In earlier times there may have been good reason for attaching greater weight to testimony given under oath than to unsworn statements given by the same witness. Today, an increasingly secular society simply attaches less significance to taking an oath. To many witnesses, the oath adds nothing to the reliability of their evidence.

Nor can the fear of secular punishment of imprisonment arising from perjury be considered to be a sure means of ensuring truthful testimony. There can be no better demonstration of the proposition that the swearing of a witness to tell the truth has little effect than this very case. Here,

III. Les moyens soulevés contre l'utilisation quant au fond des déclarations antérieures incompatibles

Examinons d'abord les arguments qui ont été soulevés contre l'admission comme preuve des déclarations antérieures incompatibles.

A. L'absence de serment

Dans ses motifs, le Juge en chef a fait part des craintes qui ont été exprimées à l'égard de l'admission quant au fond des déclarations antérieures incompatibles. La plus importante crainte réside peut-être dans le fait que la déclaration antérieure n'est pas faite sous serment. En fait, pour le Juge en chef, le serment est une condition essentielle à l'admissibilité, sauf dans des circonstances exceptionnelles, où l'on peut trouver un substitut approprié. Les tribunaux ont toujours souligné l'importance du serment. À l'époque médiévale, la prestation du serment de dire la vérité en posant la main nue sur un objet sacré revêtait une importance fondamentale. Les gens croyaient fermement que, s'ils mentaient sous serment, ils s'exposaient au châtiment divin qui attirerait sur eux une punition ici-bas et la damnation éternelle dans l'au-delà. Toutefois, cette crainte s'est atténuée. De même, l'influence de la religion sur le comportement des hommes et des femmes n'est plus ce qu'elle était. Il ne fait presque aucun doute que, pour beaucoup de témoins, la prestation de serment n'est fréquemment qu'un rituel incantatoire dénué de sens. Autrefois, il y avait peut-être de bonnes raisons d'attacher une plus grande importance au témoignage donné sous serment qu'aux déclarations du même témoin qui n'avaient pas été faites sous serment. Mais aujourd'hui, la société, de plus en plus séculière, attache simplement moins d'importance au serment. Pour un grand nombre de témoins, il ne modifie en rien la fiabilité de leur déposition.

En outre, la crainte d'une peine d'emprisonnement imposée par les autorités séculières par suite d'un parjure ne peut être considérée comme un moyen sûr de garantir la véracité d'un témoignage. La présente affaire est la meilleure illustration de l'argument selon lequel la prestation de serment

despite the taking of the oath by the three witnesses, they lied in court and were convicted of perjury for those lies. The truth was told in their videotaped statements to the police. The facts of this case make it clear that in today's society the taking of the oath by witnesses does not guarantee that they will tell the truth.

Various jurisdictions in the United States have struggled with the same issue. On the one hand, there is the desire to ensure that prior inconsistent statements are reliable so that they can be considered and assessed for all purposes by the triers of fact, on the other hand, is the need to assure a fair trial for the accused. Either as a result of legislation or decisions of the courts four American positions can be identified. First are those states where prior inconsistent statements will as a general rule be admitted for their truth value (15 states). Second, there are states where the prior statements will be admitted so long as there is some indicia presented to the court of their reliability (7 states). Third are those states and the Federal Rules of Evidence which requires the prior statement to have been made under oath in order to be admissible (23 states and the Federal Rules). Fourth, those states and the District of Columbia where the prior statements are not admissible (5 states and the District of Columbia).

It may be helpful to consider the Federal Rule and its history. That rule provides:

Rule 801. . .

(d) Statements which are not hearsay.—A statement is not hearsay if—

(1) Prior statement by witness.—The declarant testifies at the trial or hearing and is subject to cross-examination concerning the statement, and the statement is (A) inconsistent with the declarant's testimony, and was given under oath subject to the penalty of perjury at a trial, hearing, or other proceeding, or in a deposition. . . . [Emphasis added.]

d'un témoin a peu d'effet. En l'espèce, en dépit des serments qu'ils ont prêtés, les trois témoins ont menti au tribunal et ont été déclarés coupables de parjure. La vérité se trouvait dans leurs déclarations faites à la police et enregistrées sur bande vidéo. Il ressort clairement des faits de l'espèce que, dans la société moderne, le serment ne garantit pas la véracité d'un témoignage.

Aux États-Unis, divers ressorts ont dû se pencher sur la même question. D'une part, s'exprime le désir de faire en sorte que les déclarations antérieures incompatibles soient fiables de façon qu'elles puissent être considérées et appréciées à toutes les fins par les juges des faits et, d'autre part, se manifeste la nécessité de garantir à l'accusé un procès impartial. Quatre positions américaines se dégagent soit de l'action législative, soit de décisions judiciaires. Dans certains États (15), les déclarations antérieures incompatibles seront, en règle générale, admises pour la possibilité qu'elles offrent de dégager la vérité. D'autres États (7) admettent les déclarations antérieures si certains indices de fiabilité sont présentés à la cour. Certains États (23), de même que les règles fédérales sur la preuve, requièrent que la déclaration antérieure ait été faite sous serment pour être admissible. Enfin, cinq États et le District de Columbia n'admettent pas les déclarations antérieures.

Il serait peut-être utile d'examiner la règle fédérale et son évolution. Elle dispose:

[TRADUCTION]

Règle 801. . .

d) Déclarations ne constituant pas du ouï-dire.—Une déclaration n'est pas du ouï-dire si les conditions qui suivent sont réunies—

(1) Déclaration antérieure d'un témoin.—L'auteur de la déclaration témoigne au procès ou à l'audience, est contre-interrogé au sujet de sa déclaration et celle-ci est (A) incompatible avec son témoignage, et a été faite sous serment, l'exposant à une accusation de parjure au cours d'un procès, d'une audience ou d'une autre procédure, ou au cours d'une déposition. . . . [Je souligne.]

It is significant that the inclusion of the oath in the present American rule, was the result of a political compromise late in the legislative process. The Advisory Committee on the new federal rules, appointed by the then Chief Justice Warren, of the United States Supreme Court, had recommended that prior inconsistent statements be generally admissible provided only that the witness had contradicted himself and could be cross-examined on the earlier statement. (See M. H. Graham "Employing Inconsistent Statements for Impeachment and as Substantive Evidence: A Critical Review and Proposed Amendments of Federal Rules of Evidence 801(d)(1)(A), 613, and 607" (1977), 75 *Mich. L. Rev.* 1565, at pp. 1565, 1575-76.) The American Senate as well expressed the view that the oath was not necessary as a precondition. The following appears from the Senate record:

The requirement that the statement be under oath also appears unnecessary. Notwithstanding the absence of an oath contemporaneous with the statement, the witness, when on the stand, qualifying or denying the prior statement, is under oath.

(Senate Report No. 93-1277, 93rd Cong., 2d Sess. (1974), reprinted in [1974] *U.S. Cong. & Adm. News* 7051, at p. 7062.)

Indeed Professor E. W. Clearly pointed out before the Senate committee that a rule requiring an oath could go far to destroy the utility of the proposed provision with regard to inconsistent statements. He stated:

... [it] would virtually destroy the utility of provision (A), which deals with prior inconsistent statements. If the witness has made a prior statement under oath, the threat of a perjury charge makes it highly unlikely that he will subsequently relate a different story again under oath. Hence the instances in which the rule would operate under the suggested redraft would be greatly curtailed. The problem area consists of cases in which the prior statement was not under oath, whether in the course of a judicial proceeding or not, and a rule which does not deal with these cases is of no practical significance.

(Graham, *supra*, at p. 1577, note 40.)

Il est révélateur que l'exigence du serment dans la règle américaine actuelle soit le résultat d'un compromis politique intervenu tardivement dans le processus législatif. Le comité consultatif sur la rédaction des nouvelles règles fédérales, constitué par l'ancien juge en chef Warren de la Cour suprême des États-Unis, avait recommandé que les déclarations antérieures incompatibles soient généralement admissibles sous réserve seulement que le témoin se soit contredit et puisse être contre-interrogé relativement à la déclaration antérieure. (Voir M. H. Graham «Employing Inconsistent Statements for Impeachment and as Substantive Evidence: A Critical Review and Proposed Amendments of Federal Rules of Evidence 801(d)(1)(A), 613, and 607» (1977), 75 *Mich. L. Rev.* 1565, aux pp. 1565, 1575 et 1576.) Le Sénat américain a également exprimé l'opinion que le serment n'était pas une condition sine qua non. Le passage suivant est extrait du rapport du Sénat:

[TRADUCTION] Il paraît inutile également d'exiger que la déclaration ait été faite sous serment. Nonobstant l'absence d'un serment fait au moment de la déclaration, le témoin, lorsqu'il est à la barre et qu'il nuance ou nie la déclaration antérieure, est sous serment.

(Rapport du Sénat n° 93-1277, 93^e Cong., 2^e sess. (1974), réimprimé au [1974] *U.S. Cong. & Adm. News* 7051, à la p. 7062.)

De fait, le professeur E. W. Clearly a soumis au comité du Sénat qu'une règle exigeant un serment pourrait grandement contribuer à miner l'utilité de la disposition proposée relativement aux déclarations incompatibles. Il a dit:

[TRADUCTION] ... [elle] dépouillerait pratiquement de son utilité la disposition (A), qui porte sur les déclarations antérieures incompatibles. En raison de la menace d'une accusation de parjure, il est très peu vraisemblable que le témoin qui a fait une déclaration antérieure sous serment relate une version différente une fois asservi de nouveau. Par conséquent, les cas d'application de la règle en vertu du libellé proposé seraient grandement restreints. La difficulté se pose dans les cas où la déclaration antérieure n'a pas été faite sous serment, que ce soit au cours d'une instance judiciaire ou non; une règle qui ne prévoit pas ces cas n'est d'aucune utilité pratique.

(Graham, *loc. cit.*, à la p. 1577, note 40.)

A House of Representatives bill would have required both contemporaneous cross-examination and an oath before an inconsistent statement could be admitted. As a result, a compromise was struck which reconciled the House and Senate bills by requiring that the oath be retained as a part of the rule in exchange for dropping the need for contemporaneous cross-examination.

^a Un projet de loi soumis par la Chambre des représentants aurait rendu l'admissibilité de la déclaration incompatible conditionnelle à la contemporanéité du contre-interrogatoire et au serment. En conséquence, on en ait arrivé à un compromis conciliant le projet de loi de la Chambre et celui du Sénat en exigeant que le serment soit maintenu comme une partie de la règle en échange de l'élimination de la condition relative à la contemporanéité du contre-interrogatoire.

^b Thus, in the United States, an oath is required at the time of the earlier statement despite the fact that the declarant, in the case of a prior inconsistent statement, must also be a witness before the court testifying under oath.

^c Ainsi, aux États-Unis, il faut faire prêter serment au moment de la déclaration antérieure malgré le fait que l'auteur, dans le cas d'une déclaration antérieure incompatible, témoignera également sous serment au procès.

^d I think that the retention of the oath as a condition of admissibility should not be imported into Canada. This is especially true since neither the provisions of the *Criminal Code* nor the rationale of this Court in *R. v. Boisjoly*, [1972] S.C.R. 42, could result in a conviction for perjury arising from a sworn declaration made in the course of a criminal investigation. In *Boisjoly*, police charged an individual with making a false statement under oath contrary to what was then *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, s. 114. The police believed that Boisjoly had lied to them in a sworn statement which dealt with his involvement in the coercion of a witness at a preliminary inquiry. Fauteux C.J., for an unanimous Court, held that even if the affidavit were deceitful, the accused was not liable for making a false statement. In his opinion, s. 114 only applied to a person "permitted" by law to make sworn declarations. He found that "permitted" could not mean simply "not prohibited" since the legislative history demonstrated that the purpose of the section was to limit the circumstances in which oaths would be administered. Indeed, the equivalent section found in an earlier Canadian statute, S.C. 1874, c. 37, was headed *Unnecessary Oaths Suppression*. Fauteux C.J. was unable to find in any relevant legislation a provision empow-

^e Pour ma part, j'estime que l'exemple du maintien du serment comme condition de l'admissibilité ne devrait pas être retenu au Canada. Et ce, tout particulièrement parce qu'une déclaration faite sous serment au cours d'une enquête criminelle ne pourrait entraîner de déclaration de culpabilité pour parjure ni en vertu des dispositions du *Code criminel* ni en application de l'arrêt de notre Cour *R. c. Boisjoly*, [1972] R.C.S. 42. Dans cette affaire, la police avait accusé une personne d'avoir fait une fausse déclaration sous serment en contravention de ce qui était alors l'art. 114 du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51. Les policiers croyaient que Boisjoly leur avait menti dans une déclaration faite sous serment relativement à sa participation dans la coercition exercée contre un témoin à une enquête préliminaire. Le juge en chef Fauteux, au nom de la Cour à l'unanimité, a conclu que même si l'affidavit était mensonger, l'accusé ne pouvait être tenu coupable d'avoir fait une fausse déclaration. À son avis, l'art. 114 ne s'appliquait qu'à une personne ayant la «permission», d'après la loi, de faire une déclaration sous serment. Il a dit que «permis» ne pouvait pas signifier simplement «pas défendu» parce que l'historique de l'article démontrait qu'il avait pour objet de limiter les circonstances dans lesquelles il pouvait y avoir prestation de serment. L'article équivalent d'une ancienne loi canadienne, S.C. 1874, ch. 37, était présenté dans le texte anglais sous l'en-tête *Unnecessary Oaths Suppression*. Le juge en chef Fauteux n'a pu trou-

^f ^g ^h ⁱ ^j

ering witnesses to make sworn statements to police. He concluded (at p. 51):

The legislator does not recognize as an ingredient of the indictable offence mentioned in s. 114, affidavits which he has not permitted, authorized or required, in short affidavits which have no legal meaning or scope.

At the time of that case, perjury was restricted to witnesses who lied in the course of a judicial proceeding (s. 112). Since then, the *Criminal Law Amendment Acts* of 1975 and 1985 (S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 6, and S.C. 1985, c. 19, s. 17) have amalgamated ss. 112 and 114 and provide for one broader offence of perjury. The language considered in *Boisjoly* thereby finds its way into perjury under what is now s. 131(3). Section 114 stated that:

114. Every one who, not being a witness in a judicial proceeding but being permitted, authorised or required by law to make a statement by affidavit, by solemn declaration or orally under oath, makes in such a statement, before a person who is authorised by law to permit it to be made before him, an assertion with respect to a matter of fact, opinion, belief or knowledge, knowing that the assertion is false, is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for fourteen years. [Emphasis added.]

This wording is now found at s. 131. Section 131(1) creates the offence of perjury and s. 131(3) provides:

(3) Subsection (1) does not apply to a statement referred to in that subsection that is made by a person who is not specially permitted, authorized or required by law to make that statement. [Emphasis added.]

The rationale of *Boisjoly* is therefore applicable to the current perjury provisions. However, the 1975 amendments also created a new offence for persons, who while not specially permitted to do so, make sworn statements that are discovered to be false. This new offence is found at s. 134(1) of the *Code*. However it contains the following exception:

ver dans aucune loi pertinente une disposition autorisant les témoins à faire des déclarations sous serment à la police. Il a conclu, à la p. 51:

a Le législateur ne reconnaît pas comme élément constitutif de l'acte criminel mentionné à l'art. 114 les affidavits qu'il ne permet pas, n'autorise pas ou ne requiert pas, en somme les affidavits qui n'ont aucune signification ou portée légale.

b À l'époque de cette affaire, seuls les témoins qui mentaient dans le cours d'une procédure judiciaire pouvaient être accusés de parjure (art. 112). Depuis, les lois de 1975 et 1985 modifiant le droit criminel (S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 6, et S.C. 1985, ch. 19, art. 17) ont combiné les art. 112 et 114 établissant une infraction plus générale de parjure. Le libellé examiné dans *Boisjoly* se retrouve donc, sous la rubrique de parjure, dans ce qui est devenu le par. 131(3). L'article 114 disposait:

114. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de quatorze ans, quiconque, n'étant pas témoin dans une procédure judiciaire, mais ayant la permission, l'autorisation ou l'obligation, d'après la loi, de faire une énonciation par affidavit, par déclaration solennelle ou oralement sous serment, fait dans une telle énonciation, devant une personne autorisée par la loi à permettre que cette énonciation soit faite devant elle, une assertion qu'il sait fausse sur une question de fait, d'opinion, de croyance ou de connaissance. [Je souligne.]

On retrouve aujourd'hui à peu près la même formulation à l'art. 131. Le paragraphe 131(1) crée l'infraction de parjure, et le par. 131(3) prévoit:

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une déclaration visée dans ce paragraphe faite par une personne n'ayant pas la permission, l'autorisation ou l'obligation de la faire en vertu de la loi. [Je souligne.]

Le raisonnement de l'arrêt *Boisjoly* s'applique donc aux dispositions actuelles relatives au parjure. Cependant, les modifications de 1975 créaient aussi une nouvelle infraction pour les personnes qui, n'ayant pas expressément la permission de le faire, font des déclarations sous serment qui s'avèrent fausses. On retrouve cette nouvelle infraction au par. 134(1) du *Code*, qui comporte toutefois l'exception suivante:

(2) Subsection (1) does not apply to a statement referred to in that subsection that is made in the course of a criminal investigation.

Thus it is not applicable to the type of statements under consideration in this case.

I note in passing that the decision in *Boisjoly* has been applied in a case involving a prior inconsistent statement. In *Coulombe v. La Reine*, [1976] C.A. 327, a witness (later charged with murder) gave to police, in the course of their investigation, a sworn statement and contradicted it at trial. The Quebec Court of Appeal held that the witness could not be found guilty of perjury for making the earlier statement.

With the greatest of respect for the contrary view, to make the oath one of the initial requirements for admissibility of a prior statement when no criminal consequences may be attached to the oath would seem to be an exercise in hollow formalism. In the case at bar, the requirement of administering the oath would render the prior statement inadmissible. Yet it was the prior statements that were true not the sworn testimony of the witnesses. The requirement would prevent the trier of fact from ever hearing the truth and would make impossible the rendering of a true verdict. I would think that the trier of fact, whether judge or jury, should be permitted to assess the truth of a prior statement provided it has met the requisite indicia of reliability in order to be admitted.

The facts of this very case make it abundantly clear that neither the taking of the oath nor the possibility of perjury charges resulting from their testimony can in themselves ensure that a witness will tell the truth. It follows that the administration of the oath should not be a prerequisite to the admissibility of a prior inconsistent statement. Rather it is the reliability of the statement that should determine its admissibility. That reliability will depend on a number of factors. One of these will be whether the witness as a result of making the statement may be subject to criminal prosecu-

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à une déclaration visée dans ce paragraphe faite dans le cours d'une enquête en matière criminelle.

a Il ne s'applique donc pas au genre de déclarations examiné dans le présent pourvoi.

b Je remarque en passant que l'arrêt *Boisjoly* a été appliqué dans une affaire comportant une déclaration antérieure incompatible. Dans *Coulombe c. La Reine*, [1976] C.A. 327, un témoin (plus tard accusé de meurtre) avait fait aux policiers, au cours de leur enquête, une déclaration sous serment, qu'il a contredite au procès. La Cour d'appel du Québec a jugé que le témoin ne pouvait pas être déclaré coupable de parjure pour avoir fait la déclaration antérieure.

c *d* En toute déférence pour l'opinion contraire, faire du serment l'une des premières exigences de l'admissibilité d'une déclaration antérieure alors que le serment ne peut avoir aucune conséquence pénale semble être un exercice de formalisme futile. En l'espèce, le fait de faire prêter serment rendrait la déclaration antérieure inadmissible. C'était pourtant les déclarations antérieures des témoins qui étaient véridiques et non leur témoignage donné sous serment. Une telle exigence empêcherait le juge des faits d'entendre la vérité et il serait impossible de rendre un verdict juste. À mon avis, le juge des faits, qu'il s'agisse d'un juge ou d'un jury, devrait pouvoir évaluer la véracité d'une déclaration antérieure pourvu qu'elle soit admissible parce qu'elle répond aux indices de fiabilité requis.

e *h* Les faits de l'espèce révèlent très clairement que ni la prestation de serment ni l'éventualité d'accusations de parjure découlant de son témoignage n'assurent à elles seules que le témoin dira la vérité. Il ne devrait donc pas être nécessaire, comme condition de l'admissibilité d'une déclaration antérieure incompatible, qu'elle ait été faite sous serment. Ce qui devrait plutôt en déterminer l'admissibilité c'est sa fiabilité. Cette fiabilité tient à plusieurs facteurs et, entre autres, à la question de savoir si, en raison de sa déclaration, le témoin risque d'être poursuivi au criminel (non seulement

j

tion for some offence (not just but including perjury) if the statement is false.

Alternative Sources of Criminal Liability

A prior inconsistent statement could become admissible as evidence if the witness may be subject to criminal prosecution if that prior statement were false.

A witness giving a deliberately false statement to the police may be subject to prosecution for a number of offences other than perjury. They include fabricating evidence, contrary to s. 137 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which provides a maximum of 14 years; obstructing justice, contrary to s. 139(2) providing a maximum of 10 years of imprisonment or public mischief, contrary to s. 140, with a maximum penalty of 5 years. As an example, of these offences ss. 139(2) and 140 provide:

139. . .

(2) Every one who wilfully attempts in any manner other than a manner described in subsection (1) to obstruct, pervert or defeat the course of justice is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

140. (1) Every one commits public mischief who, with intent to mislead, causes a peace officer to enter on or continue an investigation by

(a) making a false statement that accuses some other person of having committed an offence;

(b) doing anything intended to cause some other person to be suspected of having committed an offence that the other person has not committed, or to divert suspicion from himself;

(c) reporting that an offence has been committed when it has not been committed; or

(d) reporting or in any other way making it known or causing it to be made known that he or some other person has died when he or that other person has not died.

In 1985, s. 140 was expanded, R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 19 (formerly S.C. 1985, c. 19, s. 19), to include falsehoods that cause police to continue investigations as well as those falsehoods

pour parjure mais aussi pour d'autres infractions) si la déclaration se révèle fausse.

Les autres sources de responsabilité criminelle

^a Une déclaration antérieure incompatible pourrait devenir admissible comme preuve si le témoin dont la déclaration antérieure se révèle fausse s'expose à une poursuite criminelle.

^b Un témoin qui fait une déclaration délibérément fausse à la police risque d'être accusé relativement à certaines infractions autres que le parjure. Celles-ci incluent la fabrication de preuve, en contravention de l'art. 137 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui prévoit un emprisonnement maximal de 14 ans, l'entrave à la justice, en contravention du par. 139(2), dont la peine d'emprisonnement maximale est de 10 ans, ou le méfait public, en contravention de l'art. 140, pour lequel la peine maximale est de 5 ans. À titre d'exemple, le par. 139(2) et l'art. 140 disposent:

139. . .

(2) Est coupable d'un acte criminel et possible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque volontairement tente de quelque manière, autre qu'une manière visée au paragraphe (1), d'entraver, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice.

140. (1) Commet un méfait public quiconque, avec l'intention de tromper, amène un agent de la paix à commencer ou à continuer une enquête:

^g a) soit en faisant une fausse déclaration qui accuse une autre personne d'avoir commis une infraction;

b) soit en accomplissant un acte destiné à rendre une autre personne suspecte d'une infraction qu'elle n'a pas commise, ou pour éloigner de lui les soupçons;

^h c) soit en rapportant qu'une infraction a été commise quand elle ne l'a pas été;

ⁱ d) soit en rapportant, annonçant ou faisant annoncer de quelque autre façon qu'il est décédé ou qu'une autre personne est décédée alors que cela est faux.

^j En 1985, la portée de l'art. 140 a été élargie, L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 19 (au paravant L.C. 1985, ch. 19, art. 19), pour inclure les mensonges qui amènent la police à continuer une

that cause investigations to be initiated. Unlike the offence of perjury, there is no requirement for corroboration in order to establish these offences. These offences would, I think, be as well known to members of the community, including prospective witnesses as that of perjury. Indeed, it is apparent that the Crown is more likely to prosecute under one of these provisions than it is to proceed with a charge for perjury. It is the existence of these offences and the possibility of prosecution for their breach that goes far in assuring the truthfulness and reliability of the statement.

It is true that a witness has no legal obligation to assist the police in their investigation. See the reasons of Martin J.A. in *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.). Yet once a witness does speak to the police in the course of their investigations, they must not mislead the investigating authorities by making statements that are false. The right to say nothing cannot protect a witness from the consequences of deliberately making a false statement. See, for example, *R. v. L.S.L.* (1991), 89 Sask. R. 267 (Q.B.).

There are a great many cases where persons have been prosecuted for obstruction of justice as a result of giving one version of the facts to the police, while offering a different version when testifying as a witness. In some of the cases, the factual situation was very similar to that presented in this case. See, for example, *R. v. Gravelle* (1952), 103 C.C.C. 250 (Ont. Mag. Ct.), and *R. v. MacGillivray* (1971), 3 Nfld. & P.E.I.R. 227 (P.E.I. Co. Ct.). There are a number of cases where there has been a prosecution for obstructing justice, fabricating evidence or for public mischief as result of a witness falsely accusing another of a crime. This list is put forward simply as an example of the number of cases where this type of prosecution has been brought: *R. v. Feger* (1989), 36 Q.A.C. 26; *R. v. J.(J.)* (1988), 65 C.R. (3d) 371 (Ont. C.A.), leave to appeal to the S.C.C. refused, [1989] 1 S.C.R. ix; *R. v. Stapleton* (1982), 66 C.C.C. (2d) 231 (Ont. C.A.); *R. v. Howard* (1972), 7 C.C.C. (2d) 211 (Ont. C.A.); *Lessard v. La Reine*, [1965] Que. Q.B. 631; *R. v. Sevick* (1930), 54 C.C.C. 92 (N.S.S.C. *en banc*), and at

enquête ou à en ouvrir une. Contrairement à l'infraction de parjure, ces infractions peuvent être établies sans qu'il y ait corroboration. Elles sont, je crois, aussi connues auprès de la collectivité, dont les témoins éventuels, que l'infraction de parjure. De fait, il est évident que le ministère public poursuivra plus vraisemblablement en vertu d'une de ces dispositions qu'en vertu d'une accusation de parjure. L'existence de ces infractions et la possibilité d'une poursuite si elles sont commises contribuent grandement à garantir la véracité et la fiabilité de la déclaration.

Le témoin, il est vrai, n'a aucune obligation légale de venir en aide à la police lors d'une enquête. Voir les motifs du juge Martin dans *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.). Toutefois, s'il parle aux policiers dans le cours d'une enquête, il ne doit pas les induire en erreur avec de fausses déclarations. Le droit de se taire ne peut protéger le témoin contre les conséquences d'une déclaration délibérément fausse. Voir, par exemple, *R. c. L.S.L.* (1991), 89 Sask. R. 267 (B.R.).

Il existe de nombreux cas où des personnes ont été poursuivies pour entrave à la justice après avoir donné à la police une version des faits, puis présenté une version différente comme témoin. Dans certains cas, les faits étaient très semblables à ceux de l'espèce. Voir, par exemple, *R. c. Gravelle* (1952), 103 C.C.C. 250 (C. mag. Ont.), et *R. c. MacGillivray* (1971), 3 Nfld. & P.E.I.R. 227 (C. cté Î.-P.-É.). Dans de nombreux cas, le témoin a été accusé d'entrave à la justice, de fabrication de preuve ou de méfait public après avoir accusé à tort une personne d'un crime. La liste suivante n'est soumise qu'à titre d'exemple des nombreux cas où de telles poursuites ont été intentées: *R. c. Feger* (1989), 36 Q.A.C. 26; *R. c. J.(J.)* (1988), 65 C.R. (3d) 371 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1989] 1 R.C.S. ix; *R. c. Stapleton* (1982), 66 C.C.C. (2d) 231 (C.A. Ont.); *R. c. Howard* (1972), 7 C.C.C. (2d) 211 (C.A. Ont.); *Lessard c. La Reine*, [1965] B.R. 631; *R. c. Sevick* (1930), 54 C.C.C. 92 (C.S.N.-É. en banc), et, à l'étape du procès: *R. c. Edwards* (1986), 47 Sask. R. 303 (B.R.); *R. c. Verma* (1980),

the trial level: *R. v. Edwards* (1986), 47 Sask. R. 303 (Q.B.); *R. v. Verma* (1980), 28 A.R. 233 (Q.B.); *R. v. Lindstrom* (1977), 33 N.S.R. (2d) 369 (Co. Ct.); *R. v. Martin* (1969), 12 *Crim. L.Q.* 201 (B.C. Prov. Ct.), and *R. v. Snider* (1953), 17 C.R. 136 (Ont. Mag. Ct.).

The number of these cases seems to make it questionable that it is essential that a warning should be given to a prospective witness of the possibility of prosecution. A person who gives a false statement to the investigating authorities causes the police to spend time in futile investigation of the false allegations. This obviously entails the expenditure of both a great deal of police time and the expenditure of public funds. Indeed by directing the attention of the police to others the real perpetrator of the crime may escape. Thus the rationale behind the offence of obstructing justice makes good common sense and can be readily understood by members of the community. Canadians would accept and indeed expect that witnesses who make deliberately false statements to the police would be subject to criminal prosecution.

This is such an obvious proposition and would appear to be such a part of the common knowledge of the community that there is no more need to warn persons that they may be liable to prosecution if the statements they give to police are false than to warn them of charges of perjury if their sworn statements are false. It follows that, although it would clearly be preferable to give a warning to a witness of the possibility of criminal proceedings if that person gives a false statement, it may not be essential to give such a warning in order to render the statement admissible.

It seems clear that criminal prosecutions for offences other than perjury are frequently brought against witnesses who make false statements. The consequences of a conviction for these offences are serious. I cannot find that there is a significant difference between the penalty for perjury for a witness lying at trial and the penalty for offences such as obstructing justice. The less stringent requirements for prosecution for obstructing justice or for public mischief (which unlike perjury

28 A.R. 233 (B.R.); *R. c. Lindstrom* (1977), 33 N.S.R. (2d) 369 (C. cté); *R. c. Martin* (1969), 12 *Crim. L.Q.* 201 (C. prov. C.-B.), et *R. c. Snider* (1953), 17 C.R. 136 (C. mag. Ont.).

Le nombre de ces affaires semble mettre en doute la nécessité d'aviser un témoin éventuel de la possibilité d'une poursuite. La personne qui fait une fausse déclaration aux autorités qui mènent l'enquête les amène à consacrer du temps à une enquête futile sur de fausses allégations. Il en résulte évidemment à la fois une perte de temps énorme pour la police et une dépense des deniers publics. En fait, si l'on détourne l'attention de la police, le véritable auteur du crime risque de s'échapper. Par conséquent, le raisonnement qui sous-tend l'infraction d'entrave à la justice relève du bon sens, et les membres de la collectivité sont en mesure de le comprendre. Les Canadiens accepteraient, et même s'attendraient, que les auteurs de déclarations délibérément fausses à la police fassent l'objet de poursuites criminelles.

Il s'agit là d'une proposition si évidente, qui paraît si notoire qu'il n'est pas plus nécessaire de mettre les gens en garde contre le risque d'être poursuivis s'ils font une fausse déclaration à la police qu'il ne l'est de les mettre en garde contre des accusations de parjure si leur déclaration sous serment est fausse. Il s'ensuit que, bien qu'il soit manifestement préférable d'avertir un témoin qu'il s'expose à des poursuites criminelles s'il fait une fausse déclaration, cette mise en garde n'est pas essentielle à l'admissibilité de la déclaration.

Il semble clair que des poursuites criminelles résultant d'infractions autres que le parjure sont fréquemment intentées contre des témoins qui font de fausses déclarations. Les conséquences d'une déclaration de culpabilité relativement à ces infractions sont graves. J'estime qu'il n'y a pas d'écart important entre la peine infligée pour parjure à un témoin qui ment au procès et celle infligée pour des infractions comme l'entrave à la justice. Les conditions moins rigoureuses pour intenter des

do not require corroboration) and the more frequent prosecutions for these offences would, I think, have a deterrent effect upon those who might be prone to make false statements. Further since liability for these offences does not rest in any way on the oath, the requirement that it be administered could have no practical effect.

In summary, the administering of an oath or solemn affirmation should no longer be regarded as an essential safeguard for ensuring the veracity of a statement. Neither the threat of divine retribution resulting in eternal damnation nor a prosecution for perjury can guarantee truthfulness. If the witness giving the statement is subject to criminal prosecution for making a deliberately false statement, that will serve as a deterrent to mendacity and encouragement to veracity. A requirement that the police administer an oath to the witness cannot further deter the witness from lying and would seem to be superfluous. The absence of the oath should not presumptively stand in the way of the admissibility for substantive purposes of a prior inconsistent statement.

B. *Absence of Contemporaneous Cross-examination*

It is true also that at the time of the statement the witness was not subjected to the rigours of cross-examination. However, if the prior statement is ruled admissible then the witness will be subject to cross-examination at trial and the trier of fact will be able to study the demeanour of the witness throughout the testimony and can assess what weight if any should be attached to all the evidence of the witness including the prior statement. Two diametrically opposed views may be taken of the prior inconsistent statement. First it might be thought that the earlier statement resulted from coercion or pressure brought to bear on a witness by the investigating authorities. Yet it may just as well be concluded that the courtroom recantation arose from pressure brought upon the witness prior to the trial by the accused, his friends or associates. Either of these scenarios may be fully explored in

poursuites et le plus grand nombre de poursuites intentées dans les cas d'entrave à la justice ou de méfait public (qui, contrairement au parjure, n'exigent pas de corroboration) auraient, je crois, un effet de dissuasion sur ceux qui pourraient être enclins à faire de fausses déclarations. En outre, puisque la responsabilité dans le cas de ces infractions n'a de toute façon rien à voir avec le serment, exiger de le faire prêter n'aurait aucun effet pratique.

En bref, le serment ou l'affirmation solennelle ne devraient plus être considérés comme des garanties essentielles de la véracité d'une déclaration. Ni la menace d'un châtiment divin entraînant la damnation éternelle ni les poursuites pour parjure ne peuvent garantir la vérité. Si l'auteur de la déclaration s'expose à une poursuite criminelle en raison d'une déclaration délibérément fausse, il sera dissuadé de mentir et encouragé à dire la vérité. Obliger la police à faire prêter serment ne peut pas dissuader davantage le témoin de mentir et semblerait superflu. L'absence du serment ne devrait pas faire naître de présomption d'inadmissibilité quant au fond d'une déclaration antérieure incompatible.

B. *L'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire*

Il est vrai aussi qu'au moment de sa déclaration le témoin n'a pas été soumis aux rigueurs d'un contre-interrogatoire. Toutefois, si sa déclaration antérieure est jugée admissible, le témoin subira alors un contre-interrogatoire au procès et le juge des faits pourra étudier son comportement tout au long de la déposition et évaluer l'importance qu'il devrait accorder, le cas échéant, à tout le témoignage, y compris la déclaration antérieure. Il existe deux opinions diamétralement opposées à l'égard de la déclaration antérieure incompatible. D'une part, on peut penser qu'elle a été faite sous l'effet de la contrainte ou de la pression exercée sur le témoin par les autorités qui mènent l'enquête. D'autre part, on peut tout aussi bien conclure que la rétractation dans la salle d'audience est due à la pression exercée sur le témoin, avant le procès, par l'accusé, des amis ou des collègues. Le juge des

examination and cross-examination and assessed by the trier of fact.

Alternatively the court may be confronted with a witness who forgets the earlier statement and the events related in that statement. Once again assuming that there is a complete and reliable transcript of the earlier statement, the nature of the memory loss can be explored at trial with the sworn witness. The *voir dire* procedure which will be outlined later will provide protection for the accused and the witness. If the prior statement has met the other conditions of reliability that I will refer to, then it should be admitted, for it may better enable a verdict to be reached on the basis of the truth derived from all the relevant evidence. A true verdict reached upon properly admissible evidence must be the goal of all court proceedings.

C. The Lack of Evidence as to Demeanour

Those who have argued against the admissibility of a prior inconsistent statement have put forward the position that the trier of fact is unable to see the witness at the time the statement was made. It is the lack of opportunity to observe the witness that is the basis for the traditional reticence of appellate Courts to interfere with the findings of fact and especially the findings of credibility made by triers of fact. Thus deprived of the ability to observe the demeanour of the witness, the trier will be unable to reach any conclusion as to the truth of the prior statement.

There is some inconsistency in this position for the witness at the time of trial is indeed before the trier of fact. At that time a conclusion can be reached as to which of the two statements is true. That conclusion will no doubt be based in part upon the in court demeanour of the witness.

The refusal to admit a prior inconsistent statement based on the inability of the jury to observe the witness at the time the prior statement was made, has been considered and rejected by the

faits a la possibilité d'examiner minutieusement ces scénarios lors de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire et de les apprécier.

^a Subsidiairement, le tribunal peut être aux prises avec un témoin qui oublie la déclaration antérieure et les événements qu'il y a rapportés. Encore une fois, s'il y a une transcription intégrale et fidèle de la déclaration antérieure, il est possible d'examiner la nature de la perte de mémoire au procès avec l'aide du témoin assermenté. La procédure du voir-dire, exposée ci-après, offrira une protection à l'accusé et au témoin. Si la déclaration antérieure respecte les autres critères de la fiabilité que je mentionnerai, elle devrait être admise puisqu'elle peut aider à l'obtention d'un verdict fondé sur la vérité, celle-ci étant tirée de la totalité de la preuve pertinente. Les procédures judiciaires doivent toutes tendre vers l'obtention d'un verdict juste fondé sur une preuve légalement admissible.

C. Le manque de preuve relative au comportement

^e Les opposants à l'admissibilité de la déclaration antérieure incompatible ont soumis à l'appui de leur position que le juge des faits ne peut voir le témoin au moment où la déclaration a été faite. C'est en raison de cette impossibilité d'observer le témoin que les cours d'appel se sont traditionnellement montrées réticentes à s'ingérer dans les conclusions de fait, particulièrement les conclusions relatives à la crédibilité du témoin, tirées par les juges des faits. Ainsi privé de la possibilité d'observer le comportement du témoin, le juge des faits sera incapable de tirer une conclusion sur la véracité de la déclaration antérieure.

^h Cette position présente un certain illogisme puisqu'au moment du procès le témoin est effectivement en présence du juge des faits. Ce dernier peut alors déterminer laquelle des deux déclarations est vraie. Cette conclusion sera sans aucun doute fondée en partie sur le comportement du témoin en cour.

^j La Cour suprême des États-Unis a étudié puis rejeté le refus d'admettre une déclaration antérieure incompatible fondé sur l'incapacité du jury d'observer le témoin au moment où il a fait la

United States Supreme Court. In *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970), the United States Supreme Court considered a California law authorizing the substantive use of all prior inconsistent statements. It was argued that this legislation violated the right of the accused to confront all the witnesses called against him guaranteed by the Sixth Amendment. The majority of the court concluded that the legislation did not infringe the constitutional right. On this issue the majority stated (at pp. 160 and 188):

... some demeanor evidence that would have been relevant in resolving this credibility issue is forever lost.

[But] the witness may be examined at trial as to the circumstances of memory, opportunity to observe, meaning, and veracity. . . . I think it fair to say that the fact that the jury has no opportunity to reconstruct a witness' demeanor at the time of his declaration, and the absence of oath are minor considerations.

The same conclusion had been reached earlier by Learned Hand J. in *Di Carlo v. United States*, 6 F.2d 364 (2d Cir. 1925). He observed at p. 368 that the recanting witness:

... is present before the jury, and they may gather the truth from his whole conduct and bearing, even if it be in respect of contradictory answers he may have made at other times. . . . If, from all that the jury see of the witness, they conclude that what he says now is not the truth, but what he said before, they are none the less deciding from what they see and hear of that person and in court. [Emphasis added.]

Thus even without a videotape reproduction of the taking of the statement there is strong authority for concluding that the mere fact that the witness could not be observed when the original statement was made should not be a ground for making that statement inadmissible. The rights of the accused are protected by the cross-examination of the witness at the time of trial. It will often arise that, as a result of cross-examination, the witness will, as in this case, deny the truth of the earlier statement. No better result could be expected of the most brill-

déclaration antérieure. Dans *California c. Green*, 399 U.S. 149 (1970), elle a étudié une loi californienne autorisant l'utilisation quant au fond de toutes les déclarations antérieures incompatibles.

^a On prétendait que cette loi violait le droit de l'accusé, garanti par le Sixième amendement, d'être confronté avec tous les témoins à charge. La cour, à la majorité, a conclu que la loi ne portait pas atteinte au droit constitutionnel. À cet égard, la majorité a dit (aux pp. 160 et 188):

[TRADUCTION] . . . une certaine preuve du comportement qui aurait été pertinente quant à la résolution de la question de la crédibilité est perdue à jamais.

[Mais] le témoin peut être examiné au procès sur les détails de la mémoire, la possibilité d'observer, la signification et la véracité [. . .] Je crois qu'il est juste de dire que l'impossibilité du jury de reconstituer le comportement du témoin au moment de sa déclaration et l'absence d'un serment sont des considérations secondaires.

Le juge Learned Hand avait antérieurement tiré la même conclusion dans *Di Carlo c. United States*, 6 F.2d 364 (2d Cir. 1925). Il a remarqué, à la p. 368, que le témoin qui se rétracte:

[TRADUCTION] . . . comparaît devant les jurés, qui peuvent déduire la vérité de son comportement et de son attitude, même relativement à des réponses incompatibles qu'il a pu donner en d'autres occasions. [. . .] Si, en se fondant sur le comportement du témoin, les jurés concluent que la vérité réside dans ses déclarations antérieures et non dans sa déposition, ils décident néanmoins d'après ce qu'ils ont vu et entendu de cette personne en cour. [Je souligne.]

Ainsi, même sans l'enregistrement sur bande vidéo de la déclaration, nous avons de solides fondements pour conclure que la simple impossibilité d'observer le témoin lorsqu'il a fait sa première déclaration ne devrait pas en justifier l'inadmissibilité. Les droits de l'accusé sont protégés par le contre-interrogatoire du témoin au procès. Il arrivera fréquemment que, par suite du contre-interrogatoire, le témoin, comme en l'espèce, nierà la véracité de la déclaration antérieure. On ne pourrait espérer un résultat meilleur du plus brillant des

liant cross-examination. It will then be for the trier of fact to determine which version is correct.

In any event, in this case we are dealing with videotaped evidence. The videotape shows the witness sitting at a table. In a corner of the screen there is a close-up of the witness's face. At the bottom of the picture there is a time clock sequence which ensures the integrity of the tape. The videotaping of the statement provides such a complete record not only of the questions posed and the answers given, but of the demeanour of the witness throughout the interview that little can be said to warrant its exclusion based on the inability to assess the demeanour of the witness when the statement was made.

In passing, I would observe that the videotape serves as well to monitor the conduct of the police during the interview. It goes far to ensuring that nothing untoward happened in the course of the interview. The usefulness of the videotape of an interview was aptly described by A. Heaton-Armstrong and D. Wolchover in "Recording Witness Statements", [1992] *Crim. L.R.* 160, at p. 169:

The more accurate and comprehensive the record of a statement the stronger the case becomes for introducing it as evidence of the facts contained in it. There is a world of difference between a conventional witness statement signed by the maker but written by a police officer and a video-recorded interview with a witness which will include the questions and other potentially important features such as witness's demeanour, in modern parlance non-verbal communication or, as it is popularly known "body language".

It may on occasion be cogently argued that police pressure was exerted upon the witness prior to the taping. That need not be considered in this case as parents, lawyers or family members were present with the witnesses from the time they came to the police station until the interview was completed.

The videotaped statement with its complete and comprehensive record of the questions posed, the answers given and the demeanour of the witness,

contre-interrogatoires. Il appartiendra alors au juge des faits de déterminer dans quelle version réside la vérité.

Quo qu'il en soit, en l'espèce il s'agit d'un témoignage enregistré sur bande vidéo. On peut y voir le témoin assis à une table. Un coin de l'écran montre un gros plan de son visage et, au bas, un enregistreur de temps garantit l'intégralité de l'enregistrement. La bande vidéo de la déclaration fournit un enregistrement si complet, non seulement des questions posées et des réponses données, mais du comportement du témoin tout au long de l'interrogatoire, qu'on ne pourrait invoquer l'incapacité d'évaluer le comportement du témoin au moment de la déclaration pour en justifier l'exclusion.

Soit dit en passant, je me permets de remarquer que la bande vidéo permet également de contrôler le comportement de la police au cours de l'interrogatoire. Elle contribue ainsi grandement à garantir la régularité de l'interrogatoire. Dans «Recording Witness Statements», [1992] *Crim. L.R.* 160, A. Heaton-Armstrong et D. Wolchover ont décrit avec justesse l'utilité de la bande vidéo d'un interrogatoire, à la p. 169:

[TRADUCTION] Plus l'enregistrement d'une déclaration est fidèle et complet, plus il est possible de le présenter comme preuve des faits qu'il relate. Il existe une différence énorme entre la déclaration conventionnelle signée par le témoin, mais écrite par un policier, et l'interrogatoire d'un témoin enregistré sur bande vidéo qui inclut les questions et certains autres facteurs potentiellement importants comme le comportement du témoin, c'est-à-dire, en langage moderne, la communication non verbale, communément appelée le «langage corporel».

On pourrait, dans certains cas, soutenir de façon convaincante que la police a exercé une pression sur le témoin avant l'enregistrement. Cela n'entre toutefois pas en jeu en l'espèce puisque les parents, les avocats ou des membres de la famille accompagnaient les témoins depuis leur arrivée au poste de police jusqu'à la fin de l'interrogatoire.

Parce qu'elle offre un enregistrement complet et intégral des questions posées, des réponses données et du comportement du témoin, la déclaration

will often serve as a complete answer to the issues of reliability and voluntariness of the statement. However, it is not essential that a statement be videotaped in order to be admissible. It may well be that other situations will be presented where a complete and comprehensive record will be preserved of the statement together with satisfactory evidence of the circumstances of the interview and the demeanour of the witness so that all the requirements on this count will be met. For example a recorded statement made by a witness in front of the police and independent, reliable persons may well meet all the criteria of reliability and be just as acceptable for purposes of admissibility as a videotaped statement. If the prior statement, while not videotaped, meets all the criteria of reliability it should be admissible.

The argument based on the inability to assess the demeanour of the witness at the time of the original statement should not be accepted as grounds for excluding the videotaped statement with which we are concerned.

D. Possibility of Coercion

The common law has a long history of resistance to the use of testimony that was compiled from the depositions and letters of persons who were never called to testify. There is a healthy fear that the authorities may be so anxious to secure a conviction that they will exert unwarranted pressure on a witness to obtain the statement which they desire. The rule against the substantive admissibility of a prior inconsistent statement had the salutary effect of allowing a witness to reconsider the earlier statements in court where the presence of a judge would overcome any perceived coercion by the police.

A new rule that would admit the statements if certain conditions are met should ensure that the prior statement of the witness was made voluntarily. It should still permit the witness to recant and to explain that the earlier statement resulted from police pressure or coercion. Yet it must be

sur bande vidéo résoudra fréquemment les questions de la fiabilité et du caractère volontaire de la déclaration. Toutefois, il n'est pas indispensable que la déclaration soit enregistrée sur bande vidéo pour être admissible. Il peut très bien se présenter des cas où un dossier complet et global de la déclaration sera conservé, de même qu'une preuve satisfaisante des circonstances entourant l'interrogatoire et du comportement du témoin, de telle sorte que toutes les conditions à cet égard seront remplies. Par exemple, une déclaration enregistrée faite par le témoin devant la police et en présence de personnes indépendantes et fiables pourrait bien satisfaire à tous les critères de fiabilité et être admissible au même titre qu'une déclaration enregistrée sur bande vidéo. La déclaration antérieure, même si elle n'a pas été enregistrée sur bande vidéo, devrait être admissible si elle satisfait à tous les critères de fiabilité.

L'argument fondé sur l'incapacité d'évaluer le comportement du témoin au moment de la première déclaration ne devrait pas motiver l'exclusion de la déclaration enregistrée sur bande vidéo qui nous occupe en l'espèce.

D. La possibilité de coercition

La common law a longuement résisté à l'utilisation d'un témoignage établi à partir des dépositions et des lettres de personnes jamais appelées à témoigner. On craint, légitimement, que les autorités soient si désireuses d'obtenir une déclaration de culpabilité qu'elles exercent une pression injustifiée sur le témoin afin d'obtenir la déclaration qu'elles recherchent. La règle interdisant l'admissibilité quant au fond d'une déclaration antérieure incompatible avait l'effet salutaire de permettre au témoin de reconsidérer les déclarations antérieures en cour, où la présence d'un juge permettait de vaincre toute coercition perçue de la part de la police.

Une nouvelle règle admettant les déclarations si certaines conditions sont remplies devrait veiller à ce que la déclaration antérieure du témoin ait été faite volontairement. Elle devrait encore permettre à celui-ci de se rétracter et d'expliquer que la déclaration antérieure était due à la pression ou à la

remembered that the police are not the only ones who can exert pressure on a witness. The accused, or friends and supporters of the accused can as well influence a witness to change a statement. This may be particularly true in drug cases and cases of spousal assault. Obviously, the incentive of an accused to have a witness change his version of events is substantial if the present rule is maintained since the retraction by itself can effectively end the prosecution's case. Frequently this will frustrate any possibility of the resolution of the charge on its merits.

The Supreme Court of Georgia observed in *Gibbons v. State*, 286 S.E.2d 717 (1982), that a rule allowing for the substantial admissibility of prior declarations means that (at p. 722):

... both sides are assured a measure of protection against efforts to influence the testimony of a witness, as the prior declaration is no longer *effectively* revocable at the will of the witness.

For the same considerations, witnesses are protected from improper attempts to influence testimony—the potential gain from impropriety being diminished substantially by the adoption of this rule. [Emphasis in original.]

It will always be vitally important to ensure that there has been no impropriety or abuse of the power of the state in obtaining the prior statement. Thus the court must make certain that a statement of a witness that may be later used against the accused despite its repudiation of it by the witness at trial, has been freely and voluntarily made. This can be accomplished in much the same way that courts presently ensure that confessions were not improperly obtained. I would therefore recommend that before the prior statement can be found to be admissible under s. 9 of the *Canada Evidence Act* that a *voir dire* be held to ensure that the statement was freely and voluntarily made. In the case at bar, the trial judge found that the police conduct was "completely above-board, proper, non-oppressive,"

coercition exercée par la police. Toutefois, il faut se rappeler que les policiers ne sont pas les seuls à pouvoir exercer une pression sur un témoin. L'accusé, ses amis ou ceux qui l'appuient peuvent également inciter un témoin à modifier sa déclaration. C'est particulièrement vrai dans les affaires de drogues et de violence familiale. De toute évidence, si la règle actuelle est maintenue, l'accusé a un intérêt considérable à voir le témoin modifier sa version des faits puisque la rétractation en elle-même peut efficacement mettre fin à la poursuite. Cela rendra souvent impossible toute décision au fond sur l'accusation.

Dans *Gibbons c. State*, 286 S.E.2d 717 (1982), la Cour suprême de l'État de Géorgie a fait remarquer, à la p. 722, qu'une règle autorisant l'admissibilité quant au fond des déclarations antérieures signifie que:

[TRADUCTION] ... les deux parties sont assurées d'un degré de protection contre les tentatives visant à influencer la déposition d'un témoin, puisque ce dernier ne peut plus *réellement*, à son gré, revenir sur sa déclaration antérieure.

Pour les mêmes motifs, les témoins sont protégés contre les tentatives irrégulières visant à influencer la déposition—l'avantage potentiel de cette irrégularité étant diminué substantiellement par l'adoption de la présente règle. [En italique dans l'original.]

Veiller à ce qu'il n'y ait eu aucune irrégularité ni aucun abus de pouvoir de la part de l'État dans l'obtention de la déclaration antérieure revêtira toujours une importance capitale. Le tribunal doit donc s'assurer que la déclaration, qui peut être subséquemment utilisée contre l'accusé même si le témoin la désavoue au procès, a été faite librement et volontairement. Pour ce faire, il peut recourir à la même procédure que lorsqu'il s'assure que les confessions n'ont pas été obtenues irrégulièrement. Je recommanderais donc que, avant de juger la déclaration antérieure admissible en vertu de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, un *voir-dire* soit tenu pour vérifier que la déclaration a été faite librement et volontairement. En l'espèce, le juge du procès a conclu que le comportement des policiers était [TRADUCTION] «tout à fait sans reproche, régulier, ni oppressif, ni coercitif». Il

sive, non-coercive". That I think is the proper standard to be applied in reviewing the statement.

At the conclusion of the *voir dire* the trial judge should be satisfied beyond a reasonable doubt that the statement was given voluntarily in an atmosphere that was as free of oppression as possible and did not result from the hope of reward or the fear of penalty.

IV. The Conditions for Admissibility Which Must be Satisfied on the *Voir Dire*

There are a number of matters that must be explored on the *voir dire*. It may be useful to set out at this point the manner in which it should be conducted and the issues it should resolve.

The *voir dire* should proceed in the usual way. As the Chief Justice noted, the prior statement must be otherwise admissible and not excluded by the operation of some other evidentiary rule such as those reviewed by him. In the case at bar, the prior inconsistent statements of the witnesses set out incriminating statements made by the respondent, which would ordinarily be admissible.

Upon the *voir dire* the trial judge must be satisfied beyond a reasonable doubt that the conditions for admitting the prior inconsistent statement have been fulfilled. I would suggest that the conditions are these:

(1) That the evidence contained in the prior statement is such that it would be admissible if given in court.

(2) That the statement has been made voluntarily by the witness and is not the result of any undue pressure, threats or inducements.

(3) That the statement was made in circumstances, which viewed objectively would bring home to the witness the importance of telling the truth.

s'agit là, à mon sens, de la norme applicable dans l'examen de la déclaration.

À la clôture du *voir dire*, le juge du procès devrait être convaincu hors de tout doute raisonnable que la déclaration a été faite volontairement dans une atmosphère aussi dénuée d'oppression que possible et qu'elle n'a pas été faite dans l'espoir d'une récompense ou dans la crainte d'une punition.

IV. Les conditions d'admissibilité à remplir lors du *voir dire*

Plusieurs points doivent être examinés dans le cadre du *voir dire*. Il pourrait être utile d'indiquer ici la façon dont celui-ci devrait se dérouler et les questions à y résoudre.

Le *voir dire* devrait être tenu de la manière habituelle. Comme le Juge en chef l'a fait remarquer, la déclaration antérieure doit par ailleurs être admissible et non exclue par l'application d'une autre règle de preuve comme celles dont il a fait mention. En l'espèce, les déclarations antérieures incompatibles des témoins faisaient partie de déclarations incriminantes de l'intimé, qui seraient normalement admissibles.

Au *voir dire*, le juge du procès doit être convaincu hors de tout doute raisonnable que les conditions d'admissibilité de la déclaration antérieure incompatible ont été remplies. Je proposerais les conditions suivantes:

(1) La preuve contenue dans la déclaration antérieure serait admissible si celle-ci était faite devant la cour.

(2) La déclaration a été faite volontairement par le témoin et elle n'est pas le résultat d'une pression excessive, de menaces ou de promesses de récompenses.

(3) La déclaration a été faite dans des circonstances qui, considérées objectivement, feraient bien comprendre au témoin l'importance de dire la vérité.

(4) That the statement is reliable in that it has been fully and accurately transcribed or recorded.

(5) That the statement was made in circumstances that the witness would be liable to criminal prosecution for giving a deliberately false statement.

If those conditions are met then the prior inconsistent statement should be admitted for all purposes.

The statements to be considered on such a *voir dire* will fall somewhere along a continuum of reliability. For example, at one end it may be established that the statement had been videotaped; the witness had access to counsel; the witness had a relative or responsible person present throughout the interrogation; the witness had been made aware of the gravity of the investigation and the importance of telling the truth; and the witness gave the statement voluntarily. Statements made in those circumstances may be readily admitted. Other statements may still be found to be reliable and admissible although they do not present every one of the foregoing indicia of trustworthiness. For example, there may not be a videotape, but a recording of the interview made in the presence of dependable and reliable independent witnesses who attended the interview and who attest to the demeanour and deportment of the witness and the police. At the other end of the continuum may be a prior inconsistent statement contained in the hurried notes of a single police officer who was paraphrasing the words of the witness speaking to him in hectic and difficult circumstances. It might well be difficult to conclude that such a statement should be admitted.

A. Standard of Proof on the Voir Dire

The Chief Justice would decide the question of admissibility on a balance of probabilities. The jurisprudence on the burden to be satisfied during a *voir dire* is meagre.

This Court in deciding what standard of proof is to be adopted in particular circumstances—beyond

(4) La déclaration est fiable puisqu'elle a été transcrise ou enregistrée intégralement et fidèlement.

(5) La déclaration a été faite alors que le témoin s'exposait à des poursuites criminelles s'il faisait une déclaration délibérément fausse.

^a Si ces conditions sont remplies, la déclaration antérieure incompatible doit être admise à toutes les fins.

Les déclarations à prendre en considération lors d'un tel *voir-dire* se situeront le long de l'échelle de la fiabilité. Par exemple, à une extrémité, on peut établir que la déclaration a été enregistrée sur bande vidéo, que le témoin a eu droit à l'assistance d'un avocat, qu'il était accompagné d'un parent ou d'une personne responsable tout au long de l'interrogatoire, qu'il a été informé du caractère sérieux de l'enquête et de l'importance de dire la vérité, et qu'il a fait la déclaration volontairement. Les déclarations faites dans ces circonstances peuvent être facilement admissibles. D'autres déclarations peuvent aussi être jugées fiables et admissibles bien qu'elles ne présentent pas tous les indices susdits de fiabilité. Par exemple, même s'il n'en existe pas de bande vidéo, l'interrogatoire peut avoir été enregistré sur bande sonore en présence de témoins indépendants, sérieux et fiables, qui témoignent du comportement et de l'attitude du témoin et de la police. À l'autre extrémité de l'échelle peut se trouver la déclaration antérieure incompatible contenue dans des notes écrites à la hâte par un seul policier paraphrasant les propos que le témoin lui a tenus dans un environnement agité et dans des circonstances difficiles. Il peut être difficile de conclure à l'admissibilité d'une telle déclaration.

A. La norme de preuve au voir-dire

Le Juge en chef trancherait la question de l'admissibilité selon la prépondérance des probabilités. Or, il n'existe que peu de jurisprudence portant sur la nature de la charge de la preuve dans le cadre d'un *voir-dire*.

Face à la question de savoir s'il y a lieu d'adopter dans des circonstances particulières la norme

a reasonable doubt or on a balance of probabilities—has taken a flexible approach. The standard selected is the result of a policy decision which is based upon a balancing of the interests of the accused and of the public which are at stake. See *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 137-38, and *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at pp. 973-76. For example, the impact of a confession on a trial requires that its voluntariness be proved beyond a reasonable doubt before it is admitted: *R. v. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297 (Ont. C.A.).

A confession is an inculpatory statement made by an accused to a person in authority. In the case at bar the admission of the respondent was made to his friends who were clearly not persons in authority. While the admissions were inculpatory, they were not confessions. The concern that statements were forced out of the accused by police is simply not present in this case.

However, the witnesses when they attended at the police station were in a sense under police control. Therefore, in the interests of fairness and uniformity, the same high standard should be applied to all prior statements. It would not only be in the best interest of the accused but also ensure the fairness of the trial process if the judge presiding over the *voir dire* were required to be satisfied beyond a reasonable doubt as to all the aspects of the statement. If the reliability of the prior statement is so tenuous or marginal that only the civil standard would secure its admissibility, it is not the type of evidence that should be placed before the trier of fact in a criminal trial.

The Chief Justice leaves open the question whether a confession by an accused that forms part of a prior inconsistent statement should be admissible on a balance of probabilities. In my view, it matters little whether the confession is directly admitted or goes before the jury in the form of a prior inconsistent statement—in both cases the test

d'une preuve hors de tout doute raisonnable ou bien celle d'une preuve selon la prépondérance des probabilités, notre Cour a adopté une attitude de souplesse. La norme qu'elle a choisie tient à une décision de principe prise après avoir soupesé les intérêts en jeu, soit ceux de l'accusé et ceux du public. Voir les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 137 et 138, et *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, aux pp. 973 à 976. Par exemple, une confession ne produit son effet au procès que si son caractère volontaire a été prouvé hors de tout doute raisonnable avant son admission: *R. c. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297 (C.A. Ont.).

La confession est une déclaration incriminante d'un accusé faite à une personne en situation d'autorité. En l'espèce, l'intimé a fait un aveu à ses amis qui, de toute évidence, n'étaient pas en situation d'autorité. Bien qu'ils aient été incriminants, les aveux n'étaient pas des confessions. Il n'y a pas ici de raison de craindre que les déclarations aient été soutirées à l'accusé par la police.

Toutefois, quand ils se sont présentés au poste de police, les témoins étaient en quelque sorte sous l'autorité de la police. Par conséquent, au nom de l'équité et de l'uniformité, la même norme élevée devrait être appliquée à toutes les déclarations antérieures. Non seulement l'intérêt de l'accusé serait mieux servi, mais aussi l'impartialité du procès serait garantie s'il fallait que le juge présidant le voir-dire soit convaincu hors de tout doute raisonnable à l'égard de tous les aspects de la déclaration. Si la fiabilité de la déclaration antérieure est à ce point faible ou minime qu'elle ne pourrait être admise que par l'application de la norme civile, il ne s'agit pas du genre de preuve qu'il convient de soumettre au juge des faits dans un procès criminel.

Le Juge en chef ne se prononce pas sur la question de savoir si la confession d'un accusé qui fait partie d'une déclaration antérieure incompatible devrait être admissible selon la prépondérance des probabilités. Selon moi, il importe peu que la confession soit admise directement ou qu'elle soit présentée au jury sous la forme d'une déclaration antérieure incompatible: dans un cas comme dans l'autre le critère à remplir lors du voir-dire devrait

to be met on the *voir dire* should be proof beyond a reasonable doubt.

The judge conducting the *voir dire* should not weigh the credibility of the statement any more than would the judge conducting a *voir dire* concerning a confession determine whether it is truthful. The *voir dire* simply ensures that the circumstances surrounding the making of the statement are such, that it should be admitted. It is for the jury to determine whether the prior statement should be accepted as true.

B. Instructions to the Jury

If at the conclusion of the *voir dire* the prior inconsistent statement is ruled admissible for all purposes then at some time the trial judge should give instructions to the jury regarding the statement.

The jury should be advised that although the statement has been ruled admissible it is up to them to decide what weight if any they should attach to it. The jury should be instructed that they may consider that the statement should be given less weight because it was not subject to cross-examination at the time it was made and because there was not the same opportunity to assess the demeanour of the witness as there would have been had the statement been made in court. Nonetheless, the statement is to be treated like any other admissible evidence. It can be accepted as the truth of what it relates, it can be accepted in part and rejected in part; or it can be rejected completely. In assessing the statement the jury should consider all the circumstances in which it was made.

V. The Test in *Smith* and *Khan*

Before giving a demonstration of how a *voir dire* in this case might proceed, I should touch upon the second facet of the Chief Justice's reasons which deals with statements where one, several, or all of the three initial preconditions (oath, warning and videotape) are missing. For the Chief Justice when such a situation arises, "alternatively"

être celui d'une preuve hors de tout doute raisonnable.

^a Le juge qui préside le voir-dire ne devrait pas évaluer la crédibilité de la déclaration, pas plus que le juge présidant un voir-dire relatif à une confession ne déciderait de la véracité de celle-ci. Le voir-dire permet simplement de s'assurer que les circonstances entourant la déclaration en justifient l'admission. C'est au jury qu'il appartient de décider si la déclaration antérieure doit être acceptée comme véridique.

B. Les directives au jury

^b Si, à la clôture du voir-dire, la déclaration antérieure incompatible est jugée admissible à toutes les fins, le juge du procès devrait, à un certain moment, donner au jury des directives concernant la déclaration.

^c Les jurés devraient être informés que, même si la déclaration est jugée admissible, il leur appartient de décider de l'importance à lui accorder. Ils devraient également savoir qu'ils peuvent décider d'accorder à la déclaration une moins grande importance parce qu'elle n'a pas été soumise à un contre-interrogatoire au moment où elle a été faite et parce qu'ils n'ont pas eu la même possibilité d'évaluer le comportement du témoin que si la déclaration avait été faite devant la cour. Néanmoins, la déclaration doit être traitée comme toute autre preuve admissible. Elle peut être acceptée comme la preuve de la véracité de son contenu, elle peut être acceptée en partie et rejetée en partie, ou elle peut être rejetée entièrement. Dans son appréciation de la déclaration, le jury devrait tenir compte de toutes les circonstances qui l'ont entourée.

V. Le critère dans les arrêts *Smith* et *Khan*

ⁱ Avant d'indiquer comment pourrait se dérouler un voir-dire en l'espèce, je devrais aborder le second aspect des motifs du Juge en chef qui concerne les déclarations faites dans un cas où au moins une des trois conditions préalables (le serment, la mise en garde et l'enregistrement sur bande vidéo) n'a pas été remplie. De l'avis du Juge

in "exceptional circumstances" the principles enunciated in *Smith* and *Khan* should apply. That is to say the judge, on the *voir dire*, is to search for substitute indicia of reliability.

There is no doubt that these cases provide an alternative justification for changing this Court's oft-criticized ruling in *Deacon, supra*. I have no quarrel with utilizing the approach to hearsay evidence set out in *Khan* and *Smith* to prior inconsistent statements provided the threshold tests for reliability I have suggested are made a part of it.

VI. Application of the Conditions of Admissibility to the Case at Bar

Let us see how these suggested conditions of admissibility could be applied to this case. I do so not to reach any conclusion on the question of admissibility but to demonstrate how the analysis I have proposed might be applied in this case.

(1) Otherwise Admissible

The evidence contained in the prior statements would be admissible if given in court.

(2) Voluntariness

In this case each witness was advised that he had a right to counsel. Each witness had a lawyer or a parent or sibling or a combination of those persons present during the interrogation. The videotape of the interviews certainly did not disclose evidence of any impropriety on the part of the police. The trial judge congratulated the police for their sensitive handling of the matter. Indeed the police did act in an exemplary manner. They scrupulously and carefully advised the witnesses of their rights, the nature of the investigation and the importance of telling the truth. There is no evidence that undue influence was exerted upon the witnesses, nor were they threatened or offered a reward of any kind. It follows that it would be

en chef, il y a alors lieu, «subsidiairement» et dans «des cas exceptionnels», d'appliquer les principes énoncés dans les arrêts *Smith* et *Khan*. En d'autres termes, le juge qui préside le voir-dire doit rechercher d'autres indices de fiabilité.

Sans aucun doute, ces arrêts offrent une autre justification à la modification de la règle, souvent critiquée, formulée par notre Cour dans l'arrêt *Deacon*, précité. Pourvu qu'y soient compris les critères préliminaires d'admissibilité que je propose, je ne m'oppose pas du tout à l'adoption, à l'égard des déclarations antérieures incompatibles, de la méthode énoncée dans les arrêts *Khan* et *Smith* pour la preuve par ouï-dire.

VI. L'application des conditions d'admissibilité à l'espèce

Par l'examen de l'application possible, à la présente affaire, des conditions d'admissibilité proposées, je veux non pas tirer une conclusion sur la question de l'admissibilité, mais démontrer comment l'analyse que j'ai proposée pourrait être appliquée en l'espèce.

(1) La preuve par ailleurs admissible

La preuve contenue dans les déclarations antérieures serait admissible si celles-ci avaient été faites devant la cour.

(2) Le caractère volontaire de la déclaration

En l'espèce, chaque témoin a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat. Chacun était accompagné, au cours de l'interrogatoire, d'un avocat, d'un parent, d'un frère ou d'une sœur ou de plusieurs d'entre eux. Les bandes vidéo des interrogatoires n'ont révélé absolument aucune preuve d'irrégularité de la part des policiers. Le juge du procès les a félicités de leur délicatesse dans la façon dont ils ont traité l'affaire. En fait, ils ont agi de manière exemplaire. Ils ont scrupuleusement et soigneusement avisé les témoins de leurs droits, de la nature de l'enquête et de l'importance de dire la vérité. Il n'y a aucune preuve qu'ils aient subi une influence indue; ils ne se sont vu offrir aucune récompense et n'ont fait l'objet d'aucune

open to the judge presiding at the *voir dire* to find that the prior statements were made voluntarily.

(3) The Importance of Telling the Truth

All witnesses attended at the police station with family members and one with a lawyer as well. They were told that the police were investigating the death by stabbing of Joseph Wright. They were all advised of the importance of telling the truth. The police went so far as to tell one witness of the possibility of criminal charges being brought against him if he was not telling the truth. When all the circumstances are considered, it would seem that it should have been apparent to the witnesses that it was important to tell the truth. Certainly it would be open to a trial judge sitting on a *voir dire* to reach such a conclusion.

(4) Reliability of the Statement

The videotape demonstrates the reliability of the statement. It is a complete and accurate recording of the questions posed and the answers given. It reveals the tone of voice and the facial expression of the witnesses. The tape provides such a complete and reliable record of the statement and the circumstances in which it was given that it would be open to the judge conducting the *voir dire* to find the statements were reliable.

(5) Witness Subject to Criminal Prosecution if a Deliberately False Statement Was Given

All the witnesses were subject to criminal prosecution for obstructing justice or public mischief if their statements were deliberately false. One witness was advised of this in general terms. All were advised of the importance of telling the truth. Here the statements were made in circumstances that could give rise to criminal prosecution of the witnesses if their statements were deliberately false.

In this case, it would be open to a judge conducting a *voir dire* at a new trial to find that the

menace. Il serait en conséquence loisible au juge qui préside le *voir-dire* de conclure au caractère volontaire des déclarations antérieures.

a (3) L'importance de dire la vérité

Tous les témoins se sont présentés au poste de police en compagnie de membres de leur famille, l'un d'eux étant également accompagné d'un avocat. Les policiers les ont avisés qu'ils faisaient enquête sur le décès de Joseph Wright, qui avait été poignardé. Les témoins ont tous été informés de l'importance de dire la vérité. La police a même averti l'un d'eux que des accusations criminelles risquaient d'être portées contre lui s'il ne disait pas la vérité. Compte tenu de toutes ces circonstances, il semble que les témoins auraient dû comprendre l'importance de dire la vérité. Le juge du procès présidant un *voir-dire* aurait certainement pu tirer une telle conclusion.

(4) La fiabilité de la déclaration

La bande vidéo démontre la fiabilité de la déclaration. Elle est un enregistrement intégral et fidèle des questions posées et des réponses données. Elle révèle le ton de voix et la physionomie des témoins. L'enregistrement de la déclaration et des circonstances l'entourant est complet et fiable à un point tel qu'il semble justifier une conclusion de la part du juge présidant le *voir-dire* que les déclarations étaient fiables.

(5) Le risque de poursuites criminelles si le témoin fait une déclaration délibérément fausse

Tous les témoins s'exposaient à des poursuites criminelles pour entrave à la justice ou méfait public si leurs déclarations étaient délibérément fausses. Un des témoins a été informé de cette possibilité dans des termes généraux. Ils ont tous été avisés de l'importance de dire la vérité. Les déclarations ont été faites dans des circonstances justifiant des poursuites criminelles si les déclarations des témoins étaient délibérément fausses.

En l'espèce, il serait loisible au juge présidant un *voir-dire* tenu au cours d'un nouveau procès de

prior inconsistent statements met all the conditions for admissibility.

VII. New Trial

The respondent argued that if it were found that the prior inconsistent statements were admissible for all purposes that there would still not be sufficient evidence to convict the accused. Reliance was placed upon *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277. I cannot agree with that submission. The words of the trial judge on this issue are significant. He stated that if the witnesses' statements to the police could be considered

there would be substantial evidence to confirm the identification evidence given earlier by Steven Wright, and the issue of the accused's use of the knife might be resolved against him.

This clearly indicates that on a new trial, if the prior inconsistent statements were found to be admissible, the result could well be different, that is to say the verdict would not necessarily be the same.

It must be remembered that a young man died as a result of a senseless stabbing. The community has a real and pressing interest in having the guilt or innocence of the respondent established on the basis of the truth. The earlier acquittal was based upon perjured evidence and upon an interpretation of s. 9 of the *Canada Evidence Act* that withheld the truth—in the form of the prior statements—from the consideration of the trial judge. Those statements might well have been considered. A trial must always be a quest to discover the truth. Irrational and unreasonable obstacles to the admission of evidence should not impede that quest. In order to reach a true verdict a court must be able to consider all the relevant admissible evidence. It is only on a new trial, when a court has had the opportunity to consider anew the admissibility of the prior statements, that an informed decision may be reached based upon all the admissible evidence.

conclure que les déclarations antérieures incompatibles respectaient toutes les conditions d'admissibilité.

^a VII. Nouveau procès

L'intimé a soutenu que, si les déclarations antérieures incompatibles étaient jugées admissibles à toutes les fins, la preuve serait encore insuffisante pour déclarer l'accusé coupable. Il a invoqué l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. Je ne puis accepter cette prétention. Les propos du juge du procès à cet égard sont révélateurs. Selon lui, si l'on pouvait tenir compte des déclarations des témoins à la police

[TRADUCTION] il s'agirait d'une preuve substantielle confirmant l'identification faite antérieurement par Steven Wright, et la question de l'utilisation du couteau par l'accusé pourrait être résolue à son désavantage.

Ces propos démontrent clairement que, si les déclarations antérieures incompatibles étaient jugées admissibles au cours d'un nouveau procès, le résultat pourrait bien être différent, c'est-à-dire que le verdict ne serait pas nécessairement le même.

^f Il faut se rappeler qu'un jeune homme a perdu la vie de façon insensée par suite d'une agression à coups de couteau. La collectivité a un intérêt urgent et réel à voir la culpabilité ou l'innocence de l'intimé établie à l'aide de la vérité. L'acquittement antérieur était fondé sur la déposition de témoins qui s'étaient parjurés et sur une interprétation de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui empêchait le juge du procès d'examiner la vérité, en la forme des déclarations antérieures. Ces déclarations auraient bien pu être prises en considération. Un procès doit toujours être une recherche de la vérité. Les obstacles irrationnels et déraisonnables à l'admission d'une preuve ne devraient pas gêner cette recherche. Pour rendre un verdict juste, le tribunal doit pouvoir considérer toute la preuve admissible et pertinente. Seul un nouveau procès, où la cour aura pu examiner de nouveau l'admissibilité des déclarations antérieures, permettra de rendre une décision éclairée fondée sur la totalité de la preuve admissible.

VIII. Disposition

In the result, I would allow the appeal, set aside the acquittal and the order of the Court of Appeal upholding the acquittal and direct a new trial.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent: Keith E. Wright, Toronto.

VIII. Dispositif

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'acquittement et l'ordonnance de la Cour d'appel visant à maintenir l'acquittement, et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé: Keith E. Wright, Toronto.