

Lucien Cleghorn Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. CLEGHORN

File No.: 24248.

1995: April 24; 1995: September 21.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Defences — Alibi — Disclosure requirements — Defence weakened if disclosure requirements not met — Third party conversation with police following arrest — Whether alibi witness' conversation clearly indicating alibi — If so, whether curative provisions of Criminal Code applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

The appellant was convicted of trafficking in cocaine. An undercover officer arrived at the scene of the transaction at 2:18 p.m. The half-minute transaction took place sometime thereafter and was completed not later than 2:25 p.m. The undercover officer identified the individual involved as the appellant, who was then arrested, at about 3:40 p.m. The appellant presented alibi evidence at trial that he was at home with his mother at the time of the alleged transaction. The trial judge considered this evidence to be significantly weakened because of want of formal disclosure of the alibi and noted that this finding may have had a significant effect on the outcome of the trial. A conversation which took place between the accused's mother and the police when she was arranging bail was considered to be inadequate disclosure of the alibi. The mother claimed during this conversation, which focused on determining the time of the arrest, that the accused was with her at 2:30, 3:00 and 3:15 p.m. An appeal to the Court of Appeal was dismissed. The issues here were whether or not the disclosure of the alibi evidence was properly characterized as untimely or insufficient, and if so, whether or not the conviction could nevertheless be upheld pursuant to the provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Lucien Cleghorn Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. CLEGHORN

Nº du greffe: 24248.

1995: 24 avril; 1995: 21 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Moyens de défense — Alibi — Exigences de communication — Moyen de défense affaibli si les exigences ne sont pas respectées — Conversation entre un tiers et la police après l'arrestation — La conversation avec le témoin de l'alibi révélait-elle clairement l'alibi? — Dans l'affirmative, les dispositions réparatrices du Code criminel s'appliquent-elles? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

L'appellant a été déclaré coupable de trafic de cocaïne. Un policier banalisé est arrivé sur les lieux de l'opération à 14 h 18. L'opération, qui a duré une demi-minute, a eu lieu peu après et était terminée à 14 h 25 au plus tard. Le policier banalisé a identifié l'appellant comme étant l'individu qui avait participé à l'opération. Il a été arrêté vers 15 h 40. À titre d'alibi, l'appellant a soumis au procès qu'il était à la maison avec sa mère au moment de la vente alléguée. Le juge du procès a conclu que l'alibi était considérablement affaibli par l'absence de communication formelle et noté que cette conclusion avait pu avoir des conséquences importantes sur l'issue du procès. La conversation entre la mère de l'accusé et la police quand elle prenait des dispositions pour le cautionnement a été considérée être une communication insuffisante de l'alibi. Au cours de cette conversation, qui visait principalement à déterminer le moment de l'arrestation, la mère a soutenu que l'accusé était avec elle à 14 h 30, à 15 h et à 15 h 15. L'appel à la Cour d'appel a été rejeté. La communication de la preuve relative à l'alibi a-t-elle été qualifiée à juste titre de tardive ou d'insuffisante et, dans l'affirmative, la déclaration de culpabilité pouvait-elle néanmoins être maintenue en vertu du sous-al. 686(1)b(iii) du *Code criminel*?

Held (Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Gonthier and Iacobucci JJ.: Proper disclosure of an alibi has two components: adequacy and timeliness. The consequence of a failure to disclose an alibi properly is that the trier of fact may draw an adverse inference when weighing the alibi evidence heard at trial. Improper disclosure can only weaken alibi evidence; it cannot exclude it. The rule, which is one of expediency, is intended to guard against surprise alibis fabricated during testimony at trial. It has been adapted to conform to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* norms in that disclosure is proper when it allows the prosecution and police to investigate the alibi evidence before trial. The criteria of timeliness and adequacy are thus evaluated on the basis of whether a meaningful investigation could have been undertaken as a result of disclosure. Neither disclosure at the earliest possible moment, nor disclosure by the accused is necessary. Third party disclosure is sufficient.

The timeliness of the disclosure was not at issue. The statement to the police by the accused's mother was unclear and confused and did not disclose sufficient detail and coherence to enable the police to undertake a meaningful investigation of the evidence supporting the alibi. The key factor to be considered was the time of the commission of the offence in question. The mother's statements to the police focused on the accused's whereabouts at the time of his arrest. The claim that he was with her at 2:30, at 3:00 and at 3:15 (the times the officer recited to her), did not strictly relate to the time of the commission of the offence, which was between 2:18 and 2:24. This fact undermined further the suggestion that this conversation was sufficient to put the police on notice as to the alibi. The assertion that the accused was not present at the location of the crime, when it was committed, is missing from the alibi. The trial judge was entitled to draw a negative inference based on the evidence before him.

Per Sopinka and Major JJ. (dissenting): The requirement that disclosure of an alibi defence be made is one of expediency, not of law. If the police are not given adequate notice to allow for an investigation of the alibi, the trial judge may draw a negative inference given the potential for fabricating alibi evidence. The disclosure requirements have been modified by *Charter* considera-

Arrêt (les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier et Iacobucci: La communication de l'alibi doit réunir deux conditions: elle doit être suffisante et être présentée en temps opportun. L'omission de communiquer correctement un alibi a pour conséquence que le juge des faits peut tirer une conclusion défavorable dans l'appréciation de la preuve d'alibi au procès. La communication insuffisante peut seulement affaiblir la preuve de l'alibi; elle ne peut exclure l'alibi. La règle tient à la commodité et vise à fermer la porte aux alibis-surprises fabriqués à la barre des témoins. Elle a été adaptée en fonction de normes de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de sorte que la communication est suffisante si elle permet à la poursuite et à la police de vérifier la preuve de l'alibi avant le procès. Le caractère suffisant et l'opportunité sont donc évalués au regard de la question de savoir si une vérification utile aurait pu être faite par suite de la communication. Il n'est pas exigé que la communication soit faite le plus tôt possible, ni qu'elle soit faite par l'accusé lui-même. La communication par un tiers suffit.

L'opportunité de la communication n'est pas en litige. La déclaration que la mère de l'accusé a faite à la police était vague et confuse et n'était pas suffisamment détaillée et cohérente pour permettre à la police de faire une véritable vérification de la preuve de l'alibi. Le facteur clé est le moment où l'infraction a été commise. Les déclarations de la mère à la police portaient sur les allées et venues de son fils au moment de son arrestation. La prétention qu'il était avec elle à 14 h 30, à 15 h et à 15 h 15 (les heures que le policier lui a mentionnées) ne se rapporte pas directement au moment où l'infraction a été commise, à savoir entre 14 h 18 et 14 h 24. Ce fait affaiblit davantage la prétention selon laquelle ces propos étaient suffisants pour aviser la police de l'alibi. L'affirmation que l'accusé n'était pas sur les lieux du crime lorsque celui-ci a été commis fait défaut à l'alibi. Le juge du procès pouvait tirer une conclusion défavorable sur le fondement de la preuve soumise.

Le juge Sopinka et le juge Major (dissidents): Le principe suivant lequel la défense d'alibi doit être communiquée tient à la commodité et non au droit. En raison du risque que l'alibi soit fabriqué, le juge du procès peut tirer une conclusion défavorable à cet égard lorsque la défense d'alibi n'est pas communiquée à la police suffisamment tôt pour en permettre la vérification. Les

tions, especially with respect to an accused's right to silence. Disclosure need only be made in sufficient time for the police to be able to investigate. It need not be made at the earliest possible time or in a formal manner. Disclosure may be made by a third party who is a witness to the alibi.

Disclosure of an alibi defence must include: a statement that the accused was not present at location of the crime when it was committed, the whereabouts of the accused at that time and the names of any witnesses to the alibi. Although formal disclosure of an alibi defence, either at a bail hearing, the preliminary hearing or by a letter from defence counsel to the Crown, is preferable where practicable, less formal disclosure may suffice, given the accused's right to silence. In this case, the charge was not sufficiently serious to warrant a preliminary hearing and the appellant was not represented by counsel at the bail hearing.

An overly strict approach to disclosure should not be applied. The mother's conversation with police constituted sufficient disclosure of the alibi defence. It was not so disjointed as to be unintelligible. The officer clearly understood that she was asserting that an arrest at 2:30 p.m. would have been impossible. A reasonable police officer would have assumed that this alibi was worth investigating. The officer, but not the mother, knew at the time of the conversation the exact time of the drug transaction. The evidence at trial indicated that the alibi covered the entire period. Here, the finding that the disclosure of the alibi defence was untimely and insufficient and the drawing of a negative inference such that the alibi defence was "considerably weakened" constituted errors of law.

The conviction cannot be upheld under the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*. The outcome of the trial would not necessarily have been the same if the negative inference had not been drawn against the alibi evidence as was explicitly recognized by the trial judge. The alibi defence was the only defence relied

conditions relatives à la communication ont été modifiées en fonction de considérations fondées sur la *Charte*, particulièrement en ce qui concerne le droit de l'accusé de garder le silence. L'alibi doit seulement être signalé assez tôt pour en permettre la vérification par la police. Il n'est pas nécessaire que la communication soit faite le plus tôt possible ou de manière formelle. La communication peut être faite par un tiers qui est témoin de l'alibi.

La communication d'une défense d'alibi doit inclure: une déclaration que l'accusé n'était pas sur les lieux du crime lorsqu'il a été commis, les allées et venues de l'accusé à ce moment-là et le nom de tout témoin de l'alibi. Bien que, dans la mesure du possible, il est préférable de communiquer la défense d'alibi de façon formelle, à l'enquête sur cautionnement, à l'enquête préliminaire ou dans une lettre de la défense au ministère public, une communication moins formelle peut suffire, étant donné le droit de l'accusé de garder le silence. En l'espèce, l'accusation n'était pas suffisamment grave pour justifier une enquête préliminaire et l'appelant n'était pas représenté par un avocat à l'enquête sur cautionnement.

Il n'y a pas lieu d'adopter une conception excessivement stricte quant à la teneur de la communication. La conversation de la mère avec la police constituait une communication suffisante de la défense d'alibi. Elle n'était pas décousue au point d'être inintelligible. Le policier a clairement compris qu'elle affirmait qu'une arrestation à 14 h 30 aurait été impossible. Un policier raisonnable aurait présumé que l'alibi méritait une enquête. Au moment de la conversation, le policier, mais non la mère, connaissait précisément l'heure à laquelle la vente de drogue avait été conclue. Les témoignages au procès ont révélé que l'alibi couvrait toute la période. En l'espèce, la conclusion que la communication de la défense d'alibi était insuffisante et tardive et la conclusion défavorable que la défense d'alibi était «considérablement affaiblie» constituaient des erreurs de droit.

La déclaration de culpabilité ne peut être maintenue sous le régime de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*. Le verdict n'aurait pas nécessairement été le même sans la conclusion défavorable relative à la preuve de l'alibi, comme l'a explicitement reconnu le juge du procès. L'alibi était le seul moyen de

upon and was clearly relevant to the issue of identification.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *R. v. Letourneau* (1994), 87 C.C.C. (3d) 481; *Russell v. The King* (1936), 67 C.C.C. 28; *R. v. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557.

By Major J. (dissenting)

R. v. Mahoney (1979), 50 C.C.C. (2d) 380, aff'd [1982] 1 S.C.R. 834; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *R. v. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184; *R. v. Ford* (1993), 78 C.C.C. (3d) 481; *Taillefer v. R.*, [1989] R.J.Q. 2023; *Russell v. The King* (1936), 67 C.C.C. 28; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Laverty* (1977), 35 C.C.C. (2d) 151; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Galligan, Patrick T. "Advising an Arrested Client", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1963, Part IV, Representing an Arrested Client and Police Interrogation*. Toronto: Richard De Boo, 1963, 35.

Gooderson, R. N. *Alibi*. London: Heinemann Educational Books Ltd., 1977.

Martin, G. Arthur. "Preliminary Hearings", in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1955, Evidence*. Toronto: Richard De Boo, 1955, 1.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, December 13, 1993, dismissing an appeal from a judgment of Harris Prov. Div. J., November 6, 1990. Appeal dismissed, Sopinka and Major JJ. dissenting.

Matthew Webber and Lisa Loader, for the appellant.

Michael R. Dambrot, Q.C., and *Croft Michaelson*, for the respondent.

défense invoqué et il était pertinent à l'égard de l'identification.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *R. c. Letourneau* (1994), 87 C.C.C. (3d) 481; *Russell c. The King* (1936), 67 C.C.C. 28; *R. c. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557.

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. Mahoney (1979), 50 C.C.C. (2d) 380, conf. par [1982] 1 R.C.S. 834; *R. c. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *R. c. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184; *R. c. Ford* (1993), 78 C.C.C. (3d) 481; *Taillefer c. R.*, [1989] R.J.Q. 2023; *Russell c. The King* (1936), 67 C.C.C. 28; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Laverty* (1977), 35 C.C.C. (2d) 151; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Doctrine citée

Galligan, Patrick T. «Advising an Arrested Client», in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1963, Part IV, Representing an Arrested Client and Police Interrogation*. Toronto: Richard De Boo, 1963, 35.

Gooderson, R. N. *Alibi*. London: Heinemann Educational Books Ltd., 1977.

Martin, G. Arthur. «Preliminary Hearings», in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1955, Evidence*. Toronto: Richard De Boo, 1955, 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, le 13 décembre 1993, qui a rejeté l'appel d'une décision du juge Harris de la Cour provinciale, le 6 novembre 1990. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et Major sont dissidents.

Matthew Webber et Lisa Loader, pour l'appelant.

Michael R. Dambrot, c.r., et *Croft Michaelson*, pour l'intimé.

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

IACOBUCCI J. — I have read the reasons of my colleague Justice Major and, with respect, I do not arrive at the same conclusion he does. In my view, the trial judge did not err in concluding that there was inadequate disclosure of an alibi. The trial judge reviewed the applicable principles governing disclosure of an alibi and applied them correctly to the facts. His conclusions are supported by the evidence, and as such this Court should not intervene.

Although I agree with the review of the facts stated by my colleague, I must underline one fact, namely, the importance of the time of the commission of the offence. As was noted by the trial judge, the main issue at trial was the whereabouts of the accused between 2:18 and 2:24 p.m. on July 26, 1990. The Crown alleged that at that time the accused was selling \$40 worth of crack cocaine to an undercover officer. The accused countered that he was at home with his mother watching television.

At issue in this appeal is whether the alibi defence raised by the accused at trial was properly disclosed to the Crown. As outlined by my colleague, proper disclosure of an alibi has two components: adequacy and timeliness. This principle was recently reiterated in *R. v. Letourneau* (1994), 87 C.C.C. (3d) 481 (B.C.C.A.), where Cumming J.A. wrote for a unanimous court at p. 532:

It is settled law that disclosure of a defence of alibi should meet two requirements:

- (a) it should be given in sufficient time to permit the authorities to investigate: see *R. v. Mahoney*, *supra*, at p. 387, and *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 at pp. 62-3 ... (Ont. C.A.);
- (b) it should be given with sufficient particularity to enable the authorities to meaningfully investigate: see *R. v. Ford* (1993), 78 C.C.C. (3d) 481 at pp. 504-5 ... (B.C.C.A.).

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

LE JUGE IACOBUCCI — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Major et, en toute déférence, je ne peux souscrire à sa conclusion. À mon avis, le juge du procès n'a commis aucune erreur lorsqu'il a conclu que la communication de l'alibi était insuffisante. Le juge du procès a passé en revue les principes qui gouvernent la communication de l'alibi et les a correctement appliqués aux faits. Ses conclusions étant appuyées par la preuve, notre Cour ne devrait pas intervenir.

Bien que j'accepte l'exposé des faits énoncés par mon collègue, je dois en souligner un, à savoir l'importance du moment où l'infraction a été commise. Ainsi que l'a signalé le juge du procès, la principale question en litige au procès porte sur les allées et venues de l'accusé entre 14 h 18 et 14 h 24 le 26 juillet 1990. Le ministère public a allégué qu'à ce moment-là, l'accusé effectuait une vente de 40 \$ de crack à un policier banalisé. L'accusé a rétorqué qu'il se trouvait à la maison avec sa mère en train de regarder la télévision.

En l'espèce, il s'agit de savoir si la défense d'alibi invoquée par l'accusé au procès a été correctement communiquée au ministère public. Comme l'a expliqué mon collègue, pour être correcte, la communication de l'alibi doit réunir deux conditions: elle doit être suffisante et être présentée en temps opportun. Ce principe a récemment été réitéré dans l'arrêt *R. c. Letourneau* (1994), 87 C.C.C. (3d) 481 (C.A.C.-B.), où le juge Cumming a écrit au nom de la cour à l'unanimité, à la p. 532:

[TRADUCTION] Il est établi en droit que la communication de la défense d'alibi doit respecter deux conditions:

- a) elle doit être faite suffisamment tôt pour permettre aux autorités de la vérifier: voir *R. c. Mahoney*, précité, à la p. 387, et *R. c. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13, aux pp. 62 et 63 [...] (C.A. Ont.);
- b) elle doit être suffisamment précise pour permettre aux autorités de la vérifier de façon utile: voir *R. c. Ford* (1993), 78 C.C.C. (3d) 481, aux pp. 504 et 505 [...] (C.A.C.-B.).

Failure to give notice of alibi does not vitiate the defence, although it may result in a lessening of the weight that the trier of fact will accord it

4

As stated above, the consequence of a failure to disclose properly an alibi is that the trier of fact may draw an adverse inference when weighing the alibi evidence heard at trial (*Russell v. The King* (1936), 67 C.C.C. 28 (S.C.C.), at p. 32). However, improper disclosure can only weaken alibi evidence; it cannot exclude the alibi. My colleague correctly notes that the rule governing disclosure of an alibi is a rule of expediency intended to guard against surprise alibis fabricated in the witness box which the prosecution is almost powerless to challenge. Again as noted by my colleague, the development of the rule since its formulation in *Russell* shows that the rule has been adapted to conform to *Charter* norms. As such, disclosure is proper when it allows the prosecution and police to investigate the alibi evidence before trial. The criteria of timeliness and adequacy are thus evaluated on the basis of whether a meaningful investigation could have been undertaken as a result of disclosure. The flexibility of the standard is demonstrated by the fact that neither disclosure at the earliest possible moment, nor disclosure by the accused him- or herself is required in order for the criteria to be met. Third party disclosure is sufficient. Thus, the fact that Mrs. Foster allegedly made disclosure of the alibi instead of the accused is immaterial. What matters is whether she properly disclosed the alibi to police through her statements to them on July 26, 1990. To the extent that my colleague suggests that the trial judge discredited Mrs. Foster's attempts at disclosure because she was only a witness to the alibi, I must respectfully disagree. I cannot find any holding in the reasons of the trial judge that suggests that the accused's mother was, by being a witness to the alibi, incapable of meeting the criteria for disclosure of an alibi.

Si l'omission de communiquer l'existence d'un alibi n'annule pas la défense, elle risque d'affaiblir la valeur que le juge des faits lui accordera

Ainsi, l'omission de communiquer correctement un alibi a pour conséquence que le juge des faits risque de tirer une conclusion défavorable dans l'appréciation de la preuve d'alibi présentée au procès (*Russell c. The King* (1936), 67 C.C.C. 28 (C.S.C.), à la p. 32). Cependant la communication insuffisante peut seulement affaiblir la preuve de l'alibi; elle ne peut exclure l'alibi. Mon collègue remarque à juste titre que la règle qui s'applique à la communication de l'alibi tient à la commodité et est destinée à fermer la porte aux alibis-surprises fabriqués à la barre des témoins, que la poursuite est pour ainsi dire incapable de contester. Encore une fois, comme l'a indiqué mon collègue, l'évolution de la règle depuis son élaboration dans l'arrêt *Russell* montre qu'elle a été adaptée afin de la rendre conforme aux normes de la *Charte*. Pour cette raison, la communication sera suffisante si elle permet à la poursuite et à la police de vérifier la preuve de l'alibi avant le procès. Les critères du caractère suffisant et du temps opportun sont donc évalués au regard de la question de savoir si une vérification utile aurait pu être effectuée par suite de la communication. On peut constater la souplesse de la norme dans le fait que les critères n'exigent pas que la communication soit faite le plus tôt possible ni qu'elle soit faite par l'accusé lui-même. La communication par un tiers suffit. Par conséquent, le fait que M^{me} Foster aurait communiqué l'existence de l'alibi à la place de l'accusé est sans importance. Ce qui importe, c'est de savoir si elle a correctement communiqué l'alibi à la police dans les déclarations qu'elle lui a faites le 26 juillet 1990. Dans la mesure où mon collègue estime que le juge du procès a discrédité les tentatives de M^{me} Foster de communiquer l'alibi parce qu'elle n'était qu'un témoin à cet égard, je dois en toute déférence faire part de mon désaccord. Je ne vois aucune conclusion dans les motifs du juge du procès qui indique que la mère de l'accusé était, parce qu'elle était un témoin de l'alibi, incapable de satisfaire aux critères relatifs à la communication d'un alibi.

Turning to the disclosure itself, I must immediately note that the timeliness of the disclosure is not at issue. Statements concerning potential alibis, made shortly after the arrest, are timely (*R. v. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557 (Ont. C.A.)). The main difficulty with Mrs. Foster's statement to the police is that it is unclear and confused. Was there sufficient detail and coherence in Mrs. Foster's statement to enable the police to undertake a meaningful investigation of the evidence supporting the alibi? With great respect for my colleague, I am of the view that the trial judge did not err in finding that the statement was so disjointed that he could not imagine how her statement could be considered as a disclosure of an alibi, let alone adequate disclosure of an alibi. He characterized her words as a protest and an expression of disbelief at the arrest of her son. The trial judge heard Mrs. Foster repeat her words in the witness box; it was open to him to conclude that the statement was too unintelligible to alert police as to a possible defence of alibi. I cannot conclude that the findings of the trial judge in this regard are unreasonable or unsupported by the record.

As I mentioned earlier, the key factor to consider is the time of the commission of the offence in question. Mrs. Foster's statements about her son's whereabouts concern the time of his arrest. This is understandable, as she probably assumed that the offence for which her son was arrested occurred just before his arrest. She claimed he was with her at 2:30, at 3:00 and at 3:15 (the times the officer recites to her), but this does not strictly relate to the time of the commission of the offence, which was between 2:18 and 2:24. This fact undermines further the suggestion that Mrs. Foster's words to police were sufficient to put them on notice of the fact that the accused was with his mother at the time relevant to the offence. In fact, it was open to the police to believe that Mrs. Foster was telling the truth about her son's whereabouts at 2:30, 3:00 and 3:15, without this causing them

En ce qui concerne la communication elle-même, je dois immédiatement faire remarquer que la question de savoir si la communication a été faite en temps opportun n'est pas en litige. Les déclarations qui suivent de peu l'arrestation et qui concernent des alibis éventuels sont faites en temps opportun (*R. c. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557 (C.A. Ont.)). La principale difficulté en ce qui concerne la déclaration que M^{me} Foster a faite à la police tient à ce qu'elle est vague et confuse. Était-elle suffisamment détaillée et cohérente pour permettre à la police d'effectuer une véritable vérification de la preuve soumise à l'appui de l'alibi? Avec égards pour mon collègue, je suis d'avis que le juge du procès n'a commis aucune erreur lorsqu'il a conclu que la déclaration était décousue au point qu'il lui était impossible de concevoir comment cette déclaration pourrait être vue comme une communication de l'alibi, encore moins comme une communication suffisante de l'alibi. Il a qualifié les mots de M^{me} Foster de protestation et d'expression d'incrédulité vis-à-vis de l'arrestation de son fils. Le juge du procès a entendu M^{me} Foster répéter ces propos à la barre; il pouvait donc conclure que la déclaration était trop inintelligible pour alerter la police quant à une défense d'alibi possible. Je ne peux considérer que les conclusions du juge du procès à cet égard sont déraisonnables ou qu'elle ne sont pas étayées par le dossier.

Ainsi que je l'ai mentionné précédemment, le facteur clé à considérer est le moment où l'infraction en question a été commise. Les déclarations de M^{me} Foster sur les allées et venues de son fils concernent le moment de son arrestation. C'est compréhensible, puisqu'elle a probablement tenu pour acquis que l'infraction relativement à laquelle son fils avait été arrêté est survenue immédiatement avant l'arrestation. Elle a soutenu qu'il était avec elle à 14 h 30, à 15 h et à 15 h 15 (les heures que le policier lui a mentionnées), mais cela ne se rapporte pas directement au moment où l'infraction a été commise, à savoir entre 14 h 18 et 14 h 24. Cette affirmation affaiblit davantage la prétention voulant que les propos de M^{me} Foster à la police étaient suffisants pour les aviser que l'accusé était avec sa mère au moment de l'infraction. En fait, il était loisible à la police de croire que

to think that at 2:18 the accused was not the person selling crack cocaine to an undercover officer. This is especially so since there is evidence in the record of a close proximity between the location of the offence and the residence of the accused. Thus, on the basis of my colleague's assessment of the three pieces of information required in order to disclose an alibi sufficiently, one very important one is missing — an assertion that the accused was not present at the location of the crime, when it was committed. Given this fact, I cannot agree with my colleague that the trial judge erred in drawing a negative inference, as a result of the inadequate disclosure. Moreover, I do not find that the fact that the trial judge believed the evidence of Mrs. Foster concerning her conversation at the police station prevents him from drawing such an inference. The content of her conversation is not at issue; it is whether the words she uttered constituted disclosure. The trial judge concluded they did not, and thus was entitled to draw a negative inference.

7 With this review as to the adequacy of the disclosure of alibi, I turn to the merits of the alibi. It is important to note that once the trial judge concluded that the alibi had not been adequately disclosed, he went on to review the evidence before him concerning the merits of the alibi. He concluded that he did not believe the accused and his mother with respect to the alibi; he noted there were inconsistencies in both the accused's and his mother's testimony. By contrast, he did believe the testimony of the police officers. He found that a reasonable doubt had not been raised with respect to the alibi and that as a result, the defence of alibi failed.

8 Given the trial judge's findings on the merits on the alibi defence, I am not prepared to attribute any weight to his speculative remarks concerning the possible significance the alibi might have had in the event proper disclosure was made. The fact remains that the trial judge was barely convinced that Mrs. Foster's statement was a disclosure at all,

M^{me} Foster disait la vérité sur les allées et venues de son fils à 14 h 30, 15 h et 15 h 15, sans que cela les amène à penser qu'à 14 h 18, l'accusé n'était pas la personne qui vendait du crack à un policier banalisé. D'autant plus que la preuve au dossier indique que le lieu de l'infraction et la résidence de l'accusé sont très près l'un de l'autre. Ainsi, suivant l'évaluation par mon collègue des trois éléments d'information nécessaires à la communication suffisante d'un alibi, un élément fort important fait défaut — l'affirmation que l'accusé n'était pas sur les lieux du crime lorsque celui-ci a été commis. En conséquence, je ne puis convenir avec mon collègue que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a tiré une conclusion défavorable, en raison de l'insuffisance de la communication. En outre, je ne crois pas que le fait que le juge du procès a cru le témoignage de M^{me} Foster concernant sa conversation au poste de police l'empêche de tirer une telle conclusion. Le contenu de la conversation n'est pas en litige; la question est de savoir si les propos qu'elle a tenus constituaient une communication. Le juge du procès ayant conclu que ce n'était pas le cas, il était alors en droit de tirer une conclusion défavorable.

De cette analyse visant à déterminer si la communication d'un alibi était suffisante, je passe maintenant au bien-fondé de l'alibi. Il importe de souligner qu'une fois que le juge du procès a conclu que l'alibi n'avait pas été convenablement communiqué, il a passé en revue la preuve portée à sa connaissance concernant son bien-fondé. Il n'a pas cru l'accusé ni sa mère relativement à l'alibi; il a souligné la présence d'incohérences aussi bien dans le témoignage de l'accusé que dans celui de sa mère. En revanche, il a cru le témoignage des policiers. Il a conclu qu'aucun doute raisonnable n'avait été soulevé relativement à l'alibi et que, pour cette raison, la défense d'alibi échouait.

Étant donné les conclusions du juge du procès sur le bien-fondé de la défense d'alibi, je ne suis pas disposé à prêter quelque valeur à ses remarques, qui relèvent de la conjecture, concernant l'importance qu'aurait pu avoir l'alibi s'il avait été correctement communiqué. Le fait demeure que le juge du procès n'était guère con-

let alone a sufficient one. To my mind, it is difficult to suggest that the trial judge erred in drawing a negative inference because disclosure was inadequate where he had doubts as to whether disclosure had been made at all. It is clear that the trial judge did not think much of the alibi defence to begin with. In summary, upon reading his reasons, I find that he was entitled to draw a negative inference concerning the alibi defence based on the evidence before him. His conclusions are supported by the evidence and should not be interfered with by this Court.

I would dismiss the appeal.

The reasons of Sopinka and Major JJ. were delivered by

MAJOR J. (dissenting) —

I. Facts

The appellant was convicted in the Ontario Court (Provincial Division) on a charge of trafficking in cocaine and sentenced to four months' imprisonment. An appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed, Abella J.A. dissenting.

The appellant appeals as of right on the points of law raised in Abella J.A.'s dissent, i.e., whether the trial judge erred in law by characterizing the disclosure of the appellant's alibi defence as untimely or insufficient and if so, whether the error could be cured by the provisions of s. 686 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

Evidence was lead that on July 26, 1990, at 2:25 p.m., a man sold \$40 worth of crack cocaine to an undercover officer, Constable Norman, in the area of Jane and Woolner Streets in Toronto. That person was wearing a yellow shirt and black pants with an unusual haircut featuring the design of an arrow shaved into the side of his head. Upon the completion of the transaction, he walked north

vaincu que la déclaration de M^{me} Foster constituait même une communication, encore moins une communication suffisante. À mon avis, on peut difficilement prétendre que le juge du procès a commis une erreur en tirant une conclusion défavorable parce que la communication était insuffisante alors qu'il doutait qu'une communication avait effectivement été faite. Il est évident qu'au départ, le juge du procès ne pensait pas grand bien de la défense d'alibi. Bref, à la lecture de ses motifs, je conclus que, sur le fondement de la preuve portée à sa connaissance, il pouvait tirer une conclusion défavorable concernant la défense d'alibi. Ses conclusions sont appuyées par la preuve et ne devraient pas être modifiées par notre Cour.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Sopinka et Major rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) —

I. Les faits

Déclaré coupable en Cour de l'Ontario (Division provinciale) relativement à une accusation de trafic de cocaïne, l'appelant a été condamné à purger une peine d'emprisonnement de quatre mois. Son appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté, le juge Abella étant dissidente.

L'appelant se pourvoit de plein droit, invoquant les questions de droit soulevés dans la dissidence du juge Abella, à savoir si le juge du procès a commis une erreur de droit en qualifiant la communication de la défense d'alibi de l'appelant de tardive ou d'insuffisante et, dans l'affirmative, si l'erreur peut être corrigée par les dispositions de l'art. 686 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Suivant la preuve, le 26 juillet 1990 à 14 h 25, un homme a vendu 40 \$ de crack à l'agent Norman, un policier banalisé, dans les environs des rues Jane et Woolner à Toronto. L'homme portait un maillot jaune et des pantalons noirs et ses cheveux, à la coupe inhabituelle, avaient été rasés sur le côté de sa tête en forme de flèche. Une fois l'opération conclue, il a marché en direction nord

through a hydro field towards an apartment complex.

en traversant un champ de lignes d'électricité vers un ensemble d'immeubles d'habitation.

13 At 3:40 p.m. Constable Norman saw the appellant, dressed in a brown muscle shirt and blue jeans, coming south through the hydro field from the apartment complex. At a distance of 50 feet, Constable Norman identified the appellant as the man who had sold him cocaine earlier in the day and gave a signal to other undercover officers who arrested the appellant.

À 15 h 40, l'agent Norman a vu l'appelant, vêtu d'un débardeur brun et d'un jean, qui marchait en direction sud en provenance de l'ensemble d'immeubles d'habitation en traversant le champ de lignes d'électricité. À 50 pieds, l'agent Norman a identifié l'appelant comme étant l'homme qui lui avait vendu la cocaïne plus tôt dans la journée et a fait signe à d'autres policiers banalisés, qui l'ont arrêté.

14 The appellant presented alibi evidence that he was at home with his mother, Marvelyn Foster, at the time of the alleged sale. Both the appellant and his mother testified that the appellant did not own a yellow shirt or black pants, that the appellant had worn a brown muscle shirt and blue jeans throughout the day in question, and that the appellant had been in the house watching television and writing letters throughout the entire episode of the soap opera "One Life to Live" which ran from 2:00 p.m. to 3:00 p.m. that day.

À titre d'alibi, l'appelant a soumis qu'il était à la maison avec sa mère, Marvelyn Foster, au moment où la vente aurait eu lieu. L'appelant et sa mère ont tous deux témoigné que l'appelant ne possédait ni maillot jaune ni pantalon noir, qu'il avait porté un débardeur brun et un jean toute la journée en question, et qu'il était à la maison où il regardait la télévision et écrivait des lettres pendant tout l'épisode du feuilleton «One Life to Live», c'est-à-dire de 14 h à 15 h, ce jour-là.

15 The appellant's mother also testified that when she attended at the police station shortly after the appellant's arrest, she told the officers she was with the appellant at 2:30 p.m. Her trial testimony about this conversation was:

La mère de l'appelant a également témoigné que lorsqu'elle s'est présentée au poste de police peu après l'arrestation de son fils, elle a dit aux policiers qu'elle était avec lui à 14 h 30. Voici ce dont elle a témoigné au procès relativement à cette conversation:

[TRANSDUCTION]

Q. Now did you talk to the police about where Devon [the appellant] was that day?

Q. Bon, avez-vous dit à la police où se trouvait Devon [l'appelant] ce jour-là?

A. When I went there, there was police officer — a woman officer and another officer. I don't know if she was a police, but she is in plain clothes. And I said: —

R. Lorsque j'y suis allée, il y avait un policier — une femme policier et un autre agent. J'ignore si elle était un policier, mais elle était en civil. Et j'ai dit:

"Good evening."

«Bonsoir.»

Nobody answer. So, the woman in the plain clothes, she was sitting aside and she was eating something. She come over and she say: —

Personne n'a répondu. Alors la femme en civil, elle était assise à côté et mangeait. Elle est venue et a demandé:

"Can I help you?"

«Est-ce que je peux vous aider?»

I say: —

J'ai dit: —

"Yes. I hard [sic] that they had my son here. I would like to speak to the officer."

«Oui. On m'a dit que mon fils était ici. J'aimerais parler au policier.»

She showed me to a room and I was sitting in the room and he [*sic*] is going to get the officer. The officer come about 10 minutes before he came to talk to me. When he come, he stand over in the corner, like this, and I'm over there. So, he said: —

“Can I help you?”

So, I explained to him and he was telling me that they are arresting him. I say — we were there, talking. I say: —

“What time did you hold him?”

He said: —

“2:30”

I said: —

“No. You couldn't hold him at 2:30. At 2:30, he was there.”

He said: —

“15 minutes after 3:00.”

I said: —

“You can't hold him at 3:00 o'clock. The guy was there watching Santa Barbara with me and he left to mail the letter and then he say he is going to work.”

Q. And when you used the words “you couldn't hold him”, you mean — could you put that in other words? When you say to the police “you couldn't hold him then”, do you mean that you couldn't have —

A. Arrest him at 2:30.

Q. Okay.

A. He had a paper in his hand. Then he put that paper down and I saw him pick up another paper and say: —

“No, it's after 3:00.”

II. Judicial History

A. *Ontario Court (Provincial Division)*

The trial judge accepted the evidence of the appellant's mother with respect to the conversation which occurred between her and the officers at the police station, but he did not agree that this conversation was sufficient to constitute disclosure of an alibi defence:

It is with great respect that I find that the conversation with the mother and whoever she spoke to, whether it be

Elle m'a conduite dans une salle et pendant que j'y étais assise, il (*sic*) est allé chercher le policier. Celui-ci est venu environ 10 minutes avant qu'il vienne me parler. Lorsqu'il est venu, il s'est tenu debout dans un coin, comme ça, et je suis là-bas. Alors, il a dit:

«Est-ce que je peux vous aider?»

Je lui ai donc expliqué et il m'a dit qu'ils l'avaient arrêté. J'ai dit — nous étions là, nous parlions. J'ai dit: —

«À quelle heure l'avez-vous pris?»

Il a répondu:

«À 2 h 30.»

J'ai dit:

«Non. Vous ne pouviez pas le prendre à 2 h 30. À 2 h 30, il était là.»

Il a dit:

«À 3 h 15.»

J'ai dit:

«Vous ne pouvez l'avoir pris à 3 h. Il regardait Santa Barbara avec moi et il a quitté la maison pour poster la lettre et puis il a dit qu'il se rendait au travail.»

Q. Et lorsque vous dites «vous ne pouvez l'avoir pris», vous voulez dire — pourriez-vous le dire autrement? Lorsque vous dites à la police «vous ne pouvez l'avoir pris à ce moment-là», voulez-vous dire que vous ne pouviez pas —

R. L'arrêter à 2 h 30.

Q. D'accord.

R. Il tenait un document dans ses mains. Il l'a déposé et je l'ai vu prendre un autre document et dire:

«Non, c'est après 3 h.

II. Les décisions des instances inférieures

A. *La Cour de l'Ontario (Division provinciale)*

Le juge du procès a admis le témoignage de la mère de l'appelant relativement à la conversation qu'elle a eue avec les policiers au poste de police, mais il a indiqué que cette conversation n'était pas suffisante pour constituer une communication de la défense d'alibi:

[TRADUCTION] C'est en toute déférence que je conclus que l'échange intervenu entre la mère et son interlocu-

one, or more than one police officer, or whether it was someone other than a police officer and whether it be male or female, was so disjointed and so unintelligible and so lacking in follow through and coherence, that I can't, for the life of me, make a finding and refuse to make a finding that this was disclosure of an alibi. I find that the comment, or the conversation, was nothing more than idle, perhaps, conversation, or some type of protest. I questioned what information the mother had with her at that particular time to be able to come up with the finding that she did come up with. In any event, I find that if, in fact, it was meant to be a disclosure of an alibi, it was inappropriate disclosure.

teur, qu'il s'agisse d'un ou de plusieurs policiers, d'une personne qui n'était pas un policier ou d'un homme ou d'une femme, était décousu, inintelligible, illogique et incohérent au point que je ne peux absolument pas tirer une conclusion et je refuse de conclure qu'il s'agissait d'une communication d'alibi. À mon avis, le commentaire, ou la conversation, n'était rien de plus qu'une conversation futile, peut-être une forme quelconque de protestation. Je me demande quelle information la mère avait en sa possession à ce moment précis pour être en mesure d'en venir à la conclusion à laquelle elle est arrivée. Quoi qu'il en soit, je conclus que si, en fait, cela devait être une communication d'alibi, c'était une communication insuffisante.

17

The trial judge relied upon comments on the alibi defence contained in a lecture, "Advising an Arrested Client" by Patrick T. Galligan, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1963, Part IV, Representing an Arrested Client and Police Interrogation*, 35. The author suggests (at p. 42) three methods for the disclosure of the defence of alibi: calling the witnesses of the alibi at the preliminary hearing, a statement by defence counsel at the end of the preliminary hearing giving the names, addresses and synopsis of the evidence of the witnesses, or a letter from defence counsel to the Crown Attorney setting out these details. The trial judge also quoted from a lecture, "Preliminary Hearings" by G. Arthur Martin, Q.C., in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1955, Evidence*, 1, at p. 18:

Le juge du procès s'est fondé sur des commentaires faits relativement à la défense d'alibi lors d'une conférence intitulée «Advising an Arrested Client» par Patrick T. Galligan, dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1963, Part IV, Representing an Arrested Client and Police Interrogation*, 35. L'auteur propose (à la p. 42) trois façons de communiquer la défense d'alibi: faire déposer les témoins de l'alibi à l'enquête préliminaire, soumettre à la fin de l'enquête préliminaire une déclaration de l'avocat de la défense qui précise les noms et adresses des témoins et le résumé de leur témoignage, ou adresser au substitut du procureur général une lettre contenant ces détails. Le juge du procès a également cité un extrait d'une conférence intitulée «Preliminary Hearings» par G. Arthur Martin, c.r., dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1955, Evidence*, 1, à la p. 18:

... the Supreme Court of Canada has held in *R. v. Russell*, 67 C.C.C. 28, that where an alibi is not set up at an early stage in the proceedings, the trial judge is entitled to comment on the fact and the alibi is thereby considerably weakened.

[TRADUCTION]... la Cour suprême du Canada a conclu dans *R. c. Russell* 67 C.C.C. 28, que lorsqu'il n'est pas fait mention de l'alibi à une étape initiale des procédures, le juge du procès a le droit de commenter ce fait, et l'alibi est par conséquent considérablement affaibli.

18

On the basis of these authorities, the trial judge held that the Crown was not appropriately advised of the defence of alibi, presumably because the alibi was not disclosed in the manner that was suggested by the authorities he relied on. As a result he held that the alibi was considerably weakened. The trial judge noted that the failure to disclose the

Se fondant sur cette doctrine, le juge du procès a conclu que le ministère public n'avait pas été suffisamment informé de la défense d'alibi, probablement parce que l'existence de l'alibi n'a pas été communiquée de la manière proposée par les auteurs qu'il a invoqués. Il a pour cette raison conclu que l'alibi était considérablement affaibli. Le juge du procès a signalé que l'omission de communiquer l'alibi de la façon qu'il estimait appropriée

alibi the way he thought proper may have had a significant effect on the outcome of the trial:

I find as a fact that the Crown was never appropriately advised that the defence of alibi would be put forward in this trial and I find — unless someone can persuade me otherwise — that the first that the Crown realized — by “the Crown”, I’m referring to the office of the Crown — that an alibi would be put forward was today during the course of the trial. Accordingly, I must take the position that the alibi is considerably weak. It might have been significant if the Crown was appropriately advised of the alibi; of what would be said at the trial; of what witnesses might be of some assistance; the names and addresses of witness, or witnesses who might be able to support the alibi so that the Crown — and upon instructions from the Crown, the police could investigate the alibi. That may very well have been of significant assistance to the accused, I don’t know.

Following these cases that I have referred to and these various authorities that I have referred to, be they cases or articles or lectures that were given, the alibi is, of course, considerably weakened. In relation to the alibi, I accept the evidence of the Crown witnesses and reject the evidence of the accused and the defence witnesses.

B. *Ontario Court of Appeal*

The endorsement reads:

In light of the strength of the identification evidence and the fact that the trial judge did weigh the alibi defence, we don’t think that the adverse inference that he drew from the non-disclosure could have effected [*sic*] the outcome of the case. We would therefore dismiss the appeal. (Arbour J.A. and Austin J.A.)

Abella J.A. would have set aside the conviction on the ground that the trial judge erred in his characterization of the alibi evidence as untimely or insufficient and that this error could not be cured by the proviso.

III. Issues

1. Did the trial judge err in his characterization of the disclosure of the alibi evidence as untimely or insufficient?

a pu avoir des conséquences importantes sur l’issue du procès:

[TRADUCTION] Je tiens pour avéré que le ministère public n’a jamais été convenablement avisé que la défense d’alibi serait soulevée dans ce procès et je conclus — à moins que l’on puisse me convaincre du contraire — que ce n’est qu’au cours du procès que le ministère public — par «ministère public», j’entends le bureau du ministère public — a pour la première fois pris conscience qu’un alibi serait soumis aujourd’hui. Aussi suis-je tenu de conclure que l’alibi est très faible. Il aurait pu jouer un rôle important si le ministère public en avait été avisé convenablement: de ce qui serait dit au procès; des témoins qui pourraient être utiles; du nom et de l’adresse du ou des témoins qui pourraient étayer l’alibi, de façon à ce que le ministère public — et sur les directives du ministère public, la police, puisse vérifier l’alibi. Cela aurait pu aider grandement l’accusé. Je ne sais pas.

Suivant les causes auxquelles j’ai renvoyées et la doctrine que j’ai invoquée, qu’il s’agisse d’affaires, d’articles ou de conférences, l’alibi est évidemment considérablement affaibli. Relativement à l’alibi, j’admetts le témoignage des témoins à charge et j’écarte celui de l’accusé et des témoins appelés à sa décharge.

B. *La Cour d’appel de l’Ontario*

Le jugement manuscrit se lit comme suit:

[TRADUCTION] Compte tenu de la force de la preuve d’identification et du fait que le juge du procès a bel et bien soupesé la défense d’alibi, nous ne croyons pas que la conclusion défavorable qu’il a tirée de l’omission de communiquer l’alibi puisse avoir changé l’issue de l’affaire. Nous sommes donc d’avis de rejeter l’appel. (Les juges Arbour et Austin.)

Le juge Abella est d’avis d’infirmar la déclaration de culpabilité pour le motif que le juge du procès a commis une erreur en qualifiant la défense d’alibi de tardive ou d’insuffisante, et que cette erreur ne peut être corrigée par la disposition réparatrice.

III. Questions en litige

1. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en qualifiant la communication de la preuve relative à l’alibi de tardive ou d’insuffisante?

2. If the trial judge erred in his characterization of the disclosure of the alibi evidence, can the conviction nevertheless be upheld pursuant to the provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*.

IV. Analysis

20

The governing principle on alibi evidence is that a failure to disclose an alibi at a sufficiently early time to permit it to be investigated by the police is a factor which may be considered in determining the weight to be given to it: see *R. v. Mahoney* (1979), 50 C.C.C. (2d) 380 (Ont. C.A.), aff'd [1982] 1 S.C.R. 834, *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.), *R. v. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184 (Ont. C.A.), *R. v. Ford* (1993), 78 C.C.C. (3d) 481 (B.C.C.A.), *Taillefer v. R.*, [1989] R.J.Q. 2023 (Que. C.A.).

21

The principle that an alibi defence ought to be disclosed to the Crown prior to trial has a long history in the common law. Hudson J., writing for this Court in *Russell v. The King* (1936), 67 C.C.C. 28, at p. 32, held that it was a rule of expediency and not of law that an alibi should be set up at "the earliest possible moment" and that failure to do so could affect the weight to be given to the alibi evidence:

Apparently the Judge was quoting from Crankshaw, at p. 1103, where it is stated:—"The defence of an alibi ought to be set up at the earliest possible moment and ought to include a statement of where the defendant was at the time of the taking place of the alleged offence."

This is not a statement of any rule of law but rather a statement of a rule of expediency in advancing the defence of an alibi and a test that may well be applied by a jury in weighing the evidence.

22

The principal reason for drawing an adverse inference against alibi evidence in the absence of adequate notice to the Crown is because such evidence can readily be fabricated. This potential

2. Si le juge du procès a commis une erreur dans sa façon de qualifier la communication de la preuve de l'alibi, la déclaration de culpabilité peut-elle néanmoins être maintenue grâce aux dispositions du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*?

IV. Analyse

Le principe directeur en matière de preuve de l'alibi est le suivant: l'omission de la communiquer suffisamment tôt pour en permettre la vérification par la police est un facteur dont on peut tenir compte pour déterminer sa valeur probante: voir *R. c. Mahoney* (1979), 50 C.C.C. (2d) 380 (C.A. Ont.), conf. par [1982] 1 R.C.S. 834, *R. c. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.), *R. c. Parrington* (1985), 20 C.C.C. (3d) 184 (C.A. Ont.), *R. c. Ford* (1993), 78 C.C.C. (3d) 481 (C.A.C.-B.), *Taillefer c. R.*, [1989] R.J.Q. 2023 (C.A. Qué.).

Le principe suivant lequel la défense d'alibi doit être communiquée au ministère public avant le procès est très ancien en common law. Le juge Hudson, s'exprimant au nom de notre Cour dans l'arrêt *Russell c. The King* (1936), 67 C.C.C. 28, à la p. 32, a conclu que c'est en vertu d'une règle de commodité et non de droit qu'un alibi doit être soumis «le plus tôt possible» et que l'omission de le faire peut influencer sur la valeur qu'on lui prêtera:

[TRADUCTION] Apparemment, le juge citait Crankshaw, à la p. 1103, où il est écrit: — «La défense d'alibi doit être soumise le plus tôt possible et doit préciser le lieu où le défendeur se trouvait au moment où l'infraction aurait été commise.»

Il ne s'agit pas là de la formulation d'une règle de droit mais plutôt d'une règle de commodité qui s'applique quant à la communication d'une défense d'alibi et d'un facteur dont le jury peut tenir compte dans l'appréciation de la preuve.

La principale raison pour laquelle on tire une conclusion défavorable contre la preuve de l'alibi en l'absence d'avis suffisant au ministère public est que cette preuve peut facilement être fabriquée. Ce risque potentiel pour ce qui est de la preuve relative à l'alibi est analysé par R. N. Gooderson

problem with alibi evidence is discussed by R. N. Gooderson in his text *Alibi* (1977), at pp. 29-30:

It must be conceded that there is good reason to look at alibi evidence with care. It is a defence entirely divorced from the main factual issue surrounding the *corpus delicti*, as it rests upon extraneous facts, not arising from the *res gestae*. The essential facts of the alleged crime may well be to a large extent incontrovertible, leaving but limited room for manoeuvre whether the defendant be innocent or guilty. Alibi evidence, by its very nature, takes the focus right away from the area of the main facts, and gives the defence a fresh and untrammelled start. It is easy to prepare perjured evidence to support it in advance.

The potential for the fabrication of alibi evidence requires that a negative inference may be drawn against such evidence where the alibi defence is not disclosed in sufficient time to permit investigation. Nevertheless, it must be remembered that the requirement that an alibi defence be disclosed to the Crown prior to trial is an exception to the accused's right of silence: see *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, at p. 578, *per* Lamer C.J., *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at p. 516, *per* Iacobucci J. Cory J. held in *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293, at p. 1316, the right of an accused to pre-trial silence is basic tenet of our legal system which falls within the ambit of s. 7 of the *Charter*:

The importance of the principle was emphasized by Martin J.A. in *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (Ont. C.A.), at p. 227:

It is fundamental that a person charged with a criminal offence has the right to remain silent and a jury is not entitled to draw any inference against an accused because he chooses to exercise that right.

Further the right to silence has now been recognized as a basic tenet of our legal system and as such is a right protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As a basic tenet of our law it falls within the ambit of s. 7 of the *Charter*. See *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (Ont. C.A.), and particularly *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. It follows that an accused

dans son ouvrage intitulé *Alibi* (1977), aux pp. 29 et 30:

[TRADUCTION] Il faut reconnaître qu'il y a une bonne raison de traiter la preuve de l'alibi avec prudence. C'est une défense totalement distincte de la question factuelle principale qui entoure le *corpus delicti* puisqu'elle repose sur des faits extérieurs qui ne procèdent pas de la *res gestae*. Les faits essentiels du crime présumé peuvent fort bien, dans une large mesure, être incontestables, ne laissant qu'une faible marge de manoeuvre quant à savoir si le défendeur est innocent ou coupable. La preuve d'un alibi, de par sa nature même, déplace complètement le débat des faits principaux pour offrir à la défense un nouveau départ sans entraves. Il est facile de fabriquer à l'avance un faux témoignage pour l'étayer.

En raison du risque que la preuve de l'alibi soit fabriquée, il faut pouvoir tirer une conclusion défavorable à cet égard lorsque la défense d'alibi n'est pas communiquée suffisamment tôt pour en permettre la vérification. Il faut néanmoins se rappeler que l'exigence de communiquer la défense d'alibi au ministère public avant le procès est une exception au droit de l'accusé de garder le silence: *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555 à la p. 578, le juge en chef Lamer, *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la p. 516, le juge Iacobucci. Dans *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293, à la p. 1316, le juge Cory a conclu que le droit d'un accusé de garder le silence avant le procès est un principe fondamental de notre système juridique qui relève de l'art. 7 de la *Charte*:

L'importance de ce principe a été soulignée par le juge Martin dans l'arrêt *R. v. Symonds* (1983), 9 C.C.C. (3d) 225 (C.A. Ont.), à la p. 227:

[TRADUCTION] Il est fondamental qu'une personne accusée d'une infraction criminelle ait le droit de garder le silence et un jury n'a pas le droit de tirer une conclusion défavorable à l'accusé parce qu'il a choisi d'exercer ce droit.

De plus, le droit de garder le silence est maintenant reconnu comme un principe fondamental de notre système juridique et il bénéficie à ce titre de la protection de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En tant que principe fondamental de notre droit, il relève de l'art. 7 de la *Charte*. Voir *R. v. Woolley* (1988), 40 C.C.C. (3d) 531 (C.A. Ont.), et particulièrement l'arrêt

person has the right to remain silent at the investigation stage as well as at the trial.

24

Respect for the accused's right to silence in the investigation stage has mandated some changes to the rule on the disclosure of an alibi from its original formulation by this Court in *Russell, supra*. As noted at the outset of this analysis, the appropriate requirement now is that the disclosure of the alibi is made sufficiently early to permit investigation by the police and not that it is made at the earliest possible moment nor that it is made in a particular way.

25

It is no longer permissible to draw a negative inference against alibi evidence on the grounds that the accused did not disclose that alibi immediately upon arrest, nor to draw an inference that an innocent person would have made such immediate disclosure. In *Parrington, supra*, at pp. 187-88, Cory J.A. (as he then was) held that cross-examination of the accused by the Crown on the failure to disclose alibi evidence immediately upon arrest in order to establish his innocence was quite improper. LeBel J.A., writing for the Quebec Court of Appeal, chose the same approach in *Taillefer, supra*, at p. 2039:

[TRANSLATION] More recently, in *R. v. Parrington* cited earlier, Cory J.A. stated the following concerning this problem:

The governing principle is that a failure to disclose an alibi at a sufficiently early time to permit it to be investigated by the police is a factor to be considered in determining the weight to be given to the alibi evidence . . . Where, as in this case, there is adequate time for investigation then the time of disclosure is no longer a factor for consideration and no reference should be made to it in the charge to the jury. Those two grounds are sufficient in themselves to require a new trial.

As stated by Cory J.A., where an alibi is raised sufficiently early to permit it to be investigated, questions on this point should not be authorized or tolerated by the judge, any more than comments by the Crown in oral

R. c. Hebert, [1990] 2 R.C.S. 151. Il s'ensuit qu'un inculpé a le droit de garder le silence aussi bien au stade de l'enquête qu'au procès.

Le respect du droit de l'accusé de garder le silence au stade de l'enquête a nécessité certains changements à la règle relative à la communication d'un alibi, formulée pour la première fois par notre Cour dans *Russell*, précité. Ainsi que je l'ai signalé au début de mon analyse, il convient aujourd'hui d'exiger que l'alibi soit signalé suffisamment tôt pour en permettre la vérification par la police et non pas qu'il soit communiqué le plus tôt possible ou que cette communication revête une forme particulière.

Il n'est plus possible de tirer une conclusion défavorable à l'égard de la preuve d'alibi pour le motif que l'accusé ne l'a pas communiquée dès son arrestation, ni de conclure qu'une personne innocente l'aurait communiquée immédiatement. Dans *Parrington*, précité, (aux pp. 187 et 188), le juge Cory de la Cour d'appel (maintenant juge de notre Cour) a conclu que le contre-interrogatoire de l'accusé mené par le ministère public relativement à l'omission de communiquer la preuve de l'alibi dès son arrestation pour établir son innocence était tout à fait irrégulier. Le juge LeBel, au nom de la Cour d'appel du Québec, a adopté la même position dans l'arrêt *Taillefer*, précité, à la p. 2039:

Plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Parrington* cité plus haut, M. le juge Cory commentait le même problème en ces termes:

[TRADUCTION] Le principe directeur est que l'omission de communiquer un alibi suffisamment tôt pour en permettre la vérification par la police est un facteur à prendre en compte pour déterminer la valeur probante de la preuve de l'alibi [. . .]. Lorsque, comme en l'espèce, il y a suffisamment de temps pour permettre une vérification, alors le moment de la communication n'est plus un facteur et aucune mention ne devrait en être faite dans l'exposé au jury. Ces deux motifs sont suffisants en eux-mêmes pour commander la tenue d'un nouveau procès.

D'après ces remarques de M. le juge Cory, lorsque l'alibi est soulevé en temps suffisant pour permettre sa vérification, les questions sur ce point ne devraient pas être autorisées ou tolérées par le juge non plus que les

argument. They might violate the accused's rights to silence.

The respondent argued that an alibi must be disclosed by the accused and that disclosure by third party is insufficient, even if that third party is the witness to the alibi. I disagree. It is another principle which arises from the right to silence at the investigative stage that disclosure of the alibi need not be made by the accused but may also be made by a third party who is a witness to the alibi.

This latter principle is also a matter of common sense. For instance, if an accused were in an unconscious state at the time that the crime was committed, or for some other reason had no recollection of where he was at that time, there is no reason that his alibi should be given less weight merely because it is disclosed and supported by the evidence of third parties rather than by the accused himself.

In *Mahoney, supra*, the accused was charged with murder. At trial he led evidence in support of an alibi defence that he had been at another house with a man called Weedmark at the time that the murder was committed. The accused did not notify the police of Weedmark at the time of the arrest nor did he bring him to the attention of the police. However, Weedmark notified police that the accused had been with him on the night prior to the murder and the Crown called Weedmark as a witness in order to establish when the accused had left Weedmark's residence. The trial judge instructed the jury that the failure of the accused to notify the police of the fact that he had been with Weedmark on the night before the murder might be taken into account in determining the weight to be given to the accused's alibi. The Ontario Court of Appeal disapproved of this instruction to the jury and Brooke J.A., writing for the court, commented at p. 387:

In such circumstances, where the witness called by the Crown was available to it at such an early moment, the appellant's alibi has been disclosed in time to afford the police a very adequate opportunity to test it.

commentaires en plaidoirie par la Couronne. Elles comporteraient potentiellement une violation du droit au silence de l'accusé.

L'intimée soutient que la communication de l'alibi doit être le fait de l'accusé et que la communication par un tiers est insuffisante, même si ce tiers est témoin de l'alibi. Je ne suis pas d'accord. Le droit de garder le silence à l'étape de l'enquête fonde un second principe, à savoir que la communication de l'alibi ne doit pas nécessairement être le fait de l'accusé, mais peut également être faite par un tiers qui peut témoigner relativement à cet alibi.

Ce dernier principe relève également du bon sens. Par exemple, si un accusé était inconscient au moment où le crime a été commis ou si, pour quelque autre raison, il ne se souvient pas de l'endroit où il se trouvait à ce moment-là, il n'y a aucune raison pour que son alibi ait moins de poids simplement parce qu'il est communiqué et étayé par le témoignage de tierces personnes plutôt que par l'accusé lui-même.

Dans *Mahoney*, précité, l'accusé était inculpé de meurtre. Au procès, il a présenté une preuve à l'appui de sa défense d'alibi portant qu'il se trouvait dans une autre maison avec un homme nommé Weedmark au moment où le meurtre a été commis. L'accusé n'a pas avisé la police de l'existence de Weedmark au moment où il a été arrêté, ni ne l'a-t-il porté à l'attention de la police. Toutefois, Weedmark a informé la police que l'accusé était avec lui la nuit précédant le meurtre, et le ministère public a appelé Weedmark à témoigner pour établir à quel moment l'accusé avait quitté la résidence de Weedmark. Le juge du procès a informé le jury qu'il pouvait tenir compte de l'omission de l'accusé d'aviser la police qu'il se trouvait avec Weedmark la nuit précédant le meurtre pour déterminer la valeur qu'il accorderait à l'alibi de l'accusé. La Cour d'appel de l'Ontario a désapprouvé cette directive au jury et le juge Brooke, s'exprimant pour la cour, a commenté, à la p. 387:

[TRADUCTION] Dans de telles circonstances, où le ministère public a été en mesure d'interroger le témoin aussi tôt, l'alibi de l'appelant a été soulevé suffisamment tôt pour permettre amplement à la police de le vérifier.

26

27

28

The jury could only take from the charge that the failure to disclose the fact that he had been with Weedmark might be taken into consideration in determining the weight to be given to the appellant's alibi. That alibi depended upon Weedmark's testimony. The fact that the accused said nothing of Weedmark at the time of his arrest was of no significance in judging Weedmark's evidence

Mahoney stands as authority for the proposition that no negative inference may be drawn against alibi evidence simply because the police became aware of that evidence from the witness to the alibi rather than from the accused person.

29 Applying these principles to the case at bar, I find that sufficient disclosure of an alibi defence was made by the appellant's mother, Marvelyn Foster, when she appeared at the police station in order to bail out her son.

30 The full description of that conversation from the testimony of Mrs. Foster is set out in the facts above. Although the trial judge accepted the truth of Mrs. Foster's testimony about this conversation, he held that it was too disjointed and unintelligible to constitute disclosure of an alibi. After consideration of the formal methods for disclosure of an alibi recommended to defence counsel in the 1963 lecture by Patrick Galligan (as he then was), the trial judge held that the disclosure of an alibi in an informal manner by the principal witness to the alibi was insufficient. In my opinion, the trial judge erred on both of these points.

31 I respectfully disagree that the conversation recalled by Mrs. Foster at the trial was so disjointed as to be unintelligible. Although it is clear that she may have had some difficulty expressing herself lucidly in English in court, three important points are made in her testimony. First, Mrs. Foster specifically requested to speak to the officer in charge of her son's case and subsequently spoke to the officer produced to her. Second, when the officer produced to her suggested that the arrest

Le jury ne pouvait que conclure de l'exposé que, pour déterminer le poids à donner à l'alibi de l'appelant, il pouvait tenir compte de l'omission par ce dernier de signaler qu'il était avec Weedmark. Cet alibi dépendait du témoignage de Weedmark. Le fait que l'accusé n'a rien dit sur Weedmark au moment de son arrestation n'a aucune importance relativement au témoignage de Weedmark . . .

C'est l'arrêt *Mahoney* qui permet de dire qu'aucune conclusion défavorable ne peut être tirée à l'égard de la preuve de l'alibi pour la simple raison que la police a pris connaissance de cette preuve grâce au témoin de l'alibi plutôt qu'à l'accusé lui-même.

Si j'applique ces principes à la présente affaire, je conclus que la mère de l'appelant, Marvelyn Foster, a communiqué la défense d'alibi de façon suffisante lorsqu'elle s'est rendue au poste de police pour se porter garante pour son fils afin qu'il soit libéré.

La transcription intégrale de cette conversation, rapportée dans le témoignage de M^{me} Foster, est reproduite précédemment dans les faits. Bien que le juge du procès ait admis la véracité du témoignage de M^{me} Foster relativement à cette conversation, il a conclu que celle-ci était trop décousue et inintelligible pour constituer une communication d'alibi. Après avoir considéré les méthodes formelles de communication d'un alibi recommandées aux avocats de la défense dans une conférence donnée par Patrick Galligan (maintenant juge de la Cour d'appel) en 1963, le juge du procès a conclu que la communication informelle d'un alibi par le témoin principal de l'alibi était insuffisante. À mon avis, le juge du procès a commis une erreur sur ces deux points.

En toute déférence, je ne peux convenir que la conversation rapportée par M^{me} Foster au procès était décousue au point d'être inintelligible. Si, certes, elle a pu avoir quelque difficulté à s'exprimer avec lucidité en anglais devant la cour, trois points importants sont établis dans son témoignage. Premièrement, M^{me} Foster a expressément demandé à parler au policier chargé du dossier de son fils et a subséquemment discuté avec le policier qui lui a été présenté. Deuxièmement, lorsque

had occurred at 2:30 p.m., she stated that this was not possible. She stated that the appellant had been with her at that time: "No. You couldn't hold him at 2:30. At 2:30, he was there." Third, the officer clearly understood that the appellant's mother was asserting that an arrest at 2:30 p.m. would have been impossible because he proceeded to suggest later times, until she was finally satisfied by his answer that the arrest took place after 3:00 p.m.

The disclosure of an alibi should be given with sufficient particularity to enable the authorities to meaningfully investigate: see *Ford, supra*, at p. 505. In my opinion, three pieces of information are necessary for sufficient disclosure of an alibi defence: a statement that the accused was not present at location of the crime when it was committed, the whereabouts of the accused at that time and the names of any witnesses to the alibi: see *Mahoney, supra*, and also *R. v. Laverty* (1977), 35 C.C.C. (2d) 151 (Ont. C.A.). The appellant's mother gave the police all of this critical information: the appellant could not have been present at 2:30 p.m., the appellant was at home watching television with his mother at that time, and she was the witness. Therefore, in my opinion, the discussion which the appellant's mother had with the police officer constituted sufficient disclosure of an alibi defence under the circumstances.

My colleague, Justice Iacobucci, accepts the argument of the respondent that the disclosure of the alibi by the appellant's mother was insufficient because the alleged offence took place minutes earlier than the time covered by her disclosure. With respect I cannot agree with this overly strict approach to the contents of disclosure. The record indicates that although the officer arrived at the scene at 2:18, the drug transaction did not occur until 2:25 and lasted for only half a minute:

Q. Okay. And your transaction, you said, took place in almost half a minute?

A. That's correct.

le policier qu'on lui a présenté a indiqué que l'arrestation avait eu lieu à 14 h 30, elle a indiqué que cela était impossible. Elle a déclaré que l'appelant était avec elle à ce moment-là: «Non. Vous ne pouviez pas le prendre à 2 h 30. À 2 h 30, il était là.» Troisièmement, le policier a clairement compris que la mère de l'appelant affirmait qu'une arrestation à 14 h 30 aurait été impossible puisqu'il s'est mis à suggérer d'autres heures, celles-là plus tardives, jusqu'à ce qu'elle soit finalement convaincue par sa réponse que l'arrestation était survenue après 15 h.

L'alibi doit être assorti de suffisamment de précisions pour que les autorités puissent véritablement le vérifier: voir *Ford*, précité, à la p. 505. À mon avis, trois éléments d'information sont nécessaires pour que la communication d'une défense d'alibi soit suffisante: une déclaration que l'accusé n'était pas sur les lieux du crime lorsque celui-ci a été commis, les allées et venues de l'accusé à ce moment-là et le nom de tout témoin de l'alibi: voir *Mahoney*, précité, *R. c. Laverty* (1977), 35 C.C.C. (2d) 151 (C.A. Ont.). La mère de l'appelant a donné à la police tous ces renseignements primordiaux: l'appelant ne pouvait être présent à 14 h 30, l'appelant se trouvait à la maison où il regardait la télévision avec sa mère à ce moment-là, et elle était le témoin. Par conséquent, à mon avis, la discussion que la mère de l'appelant a eue avec le policier constituait une communication suffisante de la défense d'alibi dans les circonstances.

Mon collègue le juge Iacobucci accepte l'argument de l'intimée portant que la communication de l'alibi par la mère de l'appelant était insuffisante parce que l'infraction aurait été commise dans les minutes qui ont précédé la période visée dans sa communication. En toute déférence, je ne puis adhérer à cette conception excessivement stricte quant à la teneur de la communication. Le dossier révèle que le policier est arrivé sur les lieux à 14 h 18 et que l'opération de drogue a été conclue à 14 h 25 et a duré 30 secondes:

[TRADUCTION] Q. Bien. Et vous avez dit que l'opération a duré près de 30 secondes?

R. C'est exact.

32

33

Q. And it was at what time? What time did it happen?

A. I arrived in the area at 2:18 p.m. I was walking north-bound on Jane Street. It would have been approximately 2:25, 2:25 — in between there sometime.

Q. Et quelle heure était-il? À quelle heure a-t-elle été conclue?

R. Je suis arrivé dans le secteur à 2 h 18. Je marchais en direction nord dans la rue Jane. Il devait être environ 2 h 25, 2 h 25 — aux environs de cette heure-là.

34

In the conversation which the officer in charge had with the appellant's mother subsequent to the appellant's arrest, that officer suggested a number of times to the appellant's mother, one of which was 2:30. The mother clearly indicated that she was with the appellant at that time. When the alibi was disclosed, the officer, but not the mother, knew the precise time of the alleged offence. Given that the mother did not know what time the alleged offence had been committed, it is not surprising that the mother did not pinpoint the time of the alibi to the nearest minute. In my opinion, a reasonable police officer would have assumed that an alibi at the appellant's mother's house at 2:30 was worth investigating for a crime alleged to have been committed in a field at 2:25. At the time of the disclosure, the police did not have any information as to the distance between the appellant's house and the location of the drug transaction. The police could have ascertained whether the alibi disclosed for 2:30 also applied at 2:25. It should be noted that the evidence of the appellant and the mother at trial indicated that the alibi covered the entire period from 2:00 until after 3:00.

Au cours d'une conversation avec la mère de l'appellant après l'arrestation de ce dernier, le policier responsable a suggéré plusieurs heures à la mère de l'appellant, dont 14 h 30. La mère a clairement indiqué qu'elle était alors avec l'appellant. Quand l'alibi a été communiqué, le policier, mais non la mère, connaissait le moment précis où l'infraction aurait été commise. Étant donné qu'elle ignorait à quelle heure la prétendue infraction avait été commise, il n'est guère surprenant que la mère n'ait pas précisé l'heure de l'alibi à la minute près. À mon avis, un policier raisonnable aurait présumé que l'alibi qui plaçait l'appellant à la résidence de sa mère à 14 h 30 méritait de faire l'objet d'une enquête relativement à un crime qui, alléguait-on, avait été commis dans un champ à 14 h 25. Au moment de la communication, la police ne possédait aucun renseignement quant à la distance qui sépare la résidence de l'appellant de l'endroit où l'opération de drogue a été conclue. La police aurait pu vérifier si l'alibi donné pour 14 h 30 s'appliquait également à 14 h 25. Il y a lieu de signaler que les témoignages de l'appellant et de la mère au procès ont révélé que l'alibi couvrait toute la période de 14 h jusqu'après 15 h.

35

The more formal disclosure of an alibi defence either at the preliminary hearing or by a letter from defence counsel to the Crown as suggested in the lecture referred to by the trial judge is preferable where practicable. Nevertheless, each case must be evaluated on its own facts and in some cases a less formal manner of disclosure may suffice, particularly when appropriate consideration is given to the accused's right to silence. In this case, the charge was not sufficiently serious to warrant a preliminary hearing and the appellant was not represented by counsel at the bail hearing, which

Dans la mesure du possible, il est préférable de communiquer la défense d'alibi de façon plus formelle, soit à l'enquête préliminaire ou dans une lettre que l'avocat de la défense adresse au ministère public comme on a recommandé de le faire dans la conférence invoquée par le juge du procès. Néanmoins, chaque cas doit être jugé d'après ses propres faits et, dans certains cas, une communication moins formelle de la défense peut suffire, particulièrement lorsque l'on considère à sa juste valeur le droit de l'accusé de garder le silence. En l'espèce, l'accusation n'était pas suffisamment grave pour justifier la tenue d'une enquête préliminaire et l'appellant n'était pas représenté par un

would have been another appropriate time for formal disclosure of the alibi defence.

Finally, it should be remembered that the drawing of a negative inference against alibi evidence is not a rule of law but a rule of expediency (*Russell, supra*) designed to protect against perjured testimony. Alibi evidence is not automatically "considerably weakened" by the failure to formally disclose the defence. As stated by Martin J.A. in *Dunbar and Logan, supra*, at p. 62:

The governing principle is that a failure to disclose an alibi at a sufficiently early time to permit it to be investigated by the police is a factor to be considered in determining the weight to be given to the alibi evidence . . . [Emphasis added.]

Thus, a judge must determine whether, in all the circumstances of the case, the untimeliness or insufficiency of the disclosure suggests that a negative inference should be drawn against the testimony.

In this case, the main witness to the alibi disclosed the alibi to the police within a few hours of the arrest and before she had an opportunity to discuss the matter with the appellant. Moreover, the content of the alibi, (that the appellant had been at home watching television with his mother at the relevant time), was substantially the same as the evidence which she and the appellant gave in furtherance of the alibi defence at trial. In these circumstances, given that the trial judge accepted the testimony of the appellant's mother as to the conversation which occurred in the police station, there was no reason to draw an adverse inference against the alibi evidence.

In this case, the trial judge found that the disclosure of the alibi defence by the appellant's mother was insufficient and therefore that alibi was not disclosed in a timely fashion. As a result, the trial judge drew a negative inference such that the alibi defence was "considerably weakened". In the circumstances of the case, the finding that the disclo-

avocat lors de l'enquête sur cautionnement, qui aurait été un autre moment approprié pour communiquer formellement la défense d'alibi.

Enfin, il y a lieu de se rappeler que le fait de tirer une conclusion défavorable à l'égard de la preuve relative à un alibi n'est pas une règle de droit, mais une règle de commodité (*Russell, précité*) destinée à fermer la porte aux faux témoignages. La preuve de l'alibi n'est pas automatiquement «considérablement affaiblie» par l'omission de communiquer formellement la défense. Ainsi que l'a dit le juge Martin de la Cour d'appel dans *Dunbar and Logan, précité*, à la p. 62:

[TRADUCTION] Le principe directeur est que l'omission de communiquer un alibi suffisamment tôt pour en permettre la vérification par la police est un facteur à prendre en compte pour déterminer la valeur probante de la preuve de l'alibi . . . [Je souligne.]

Ainsi, le juge doit déterminer si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, la communication tardive ou insuffisante indique qu'il y a lieu de tirer une conclusion défavorable relativement au témoignage.

En l'espèce, le principal témoin de l'alibi en a informé la police dans les quelques heures qui ont suivi l'arrestation et avant d'avoir la possibilité de discuter de l'affaire avec l'appelant. En outre, la nature de l'alibi (que l'appelant était à la maison où il regardait la télévision avec sa mère à ce moment-là) était substantiellement identique au témoignage qu'elle et l'appelant ont rendu pour étayer la défense d'alibi au procès. Dans ces circonstances, étant donné que le juge du procès a admis le témoignage de la mère de l'appelant quant à la conversation qui a eu lieu au poste de police, il n'y avait aucune raison de tirer une conclusion défavorable à l'égard de la preuve de l'alibi.

En l'espèce, le juge du procès a conclu que la communication de la défense d'alibi par la mère de l'appelant était insuffisante et par conséquent que l'alibi a été communiqué tardivement. Il a donc tiré la conclusion défavorable que la défense d'alibi a été «considérablement affaiblie». Compte tenu des circonstances de l'affaire, la conclusion

36

37

38

sure of the alibi was insufficient and the drawing of the negative inference constituted errors of law.

39

The conviction in this case cannot be upheld under the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*: see *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129, at p. 146:

The principles and tests to be applied under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, the “curative provision”, are a matter of settled jurisprudence. That section places a burden on the Crown to justify the denial of a new trial despite the presence of an error in the lower court. While the satisfaction of that onus is a condition precedent to the application of the curative provision, the curative provision need not be applied even if the onus is met. In *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, at p. 744, the applicable test was stated to be whether “the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred”. See also *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 328-29; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, at p. 919; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, at p. 620; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, at pp. 736-37; and *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617.

In this case the verdict would not necessarily have been the same if the trial judge had not erred by finding that the alibi defence was considerably weakened by the late disclosure.

40

The alibi defence was the only defence relied upon by the appellant in this trial and it was also clearly relevant to the issue of identification which was the most contentious issue in the trial. The credibility of the appellant’s witnesses and the Crown witnesses respectively was critical to the outcome of this trial. It cannot be said that the outcome of the trial would have been the same if a negative inference had not been drawn against the evidence given by the appellant’s witnesses. The comments of Brooke J.A. in *Laverty*, *supra*, at p. 153, are equally appropriate in this case:

Crown counsel has urged us that if this was indeed in error, it was of no account, because the trial Judge had elected to believe the evidence of the Crown witness. We do not agree. The importance of this evidence was

que la communication de l’alibi était insuffisante et le fait d’avoir tiré une conclusion défavorable constituait des erreurs de droit.

La déclaration de culpabilité en l’espèce ne peut être maintenue sous le régime de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*: voir *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, à la p. 146:

Les principes et les critères qui doivent être appliqués sous le régime de la «disposition réparatrice» qu’est le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* sont bien établis en jurisprudence. Cette disposition impose au ministère public l’obligation de justifier le refus de tenir un nouveau procès malgré l’existence d’une erreur commise par l’instance inférieure. Même si cette justification est une condition préalable à l’application de la disposition réparatrice, elle ne la rend pas obligatoire. Dans l’arrêt *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, à la p. 744, on a dit que le critère applicable consistait à se demander si [TRADUCTION] «le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s’était pas produite». Voir également *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, aux pp. 328 et 329; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, à la p. 919; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, à la p. 620; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, aux pp. 736 et 737; et *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, à la p. 617.

Dans la présente affaire, le verdict n’aurait pas nécessairement été le même si le juge du procès n’avait pas commis une erreur en concluant que la défense d’alibi était considérablement affaiblie par sa communication tardive.

Le seul moyen de défense invoqué par l’appelant dans le cadre de ce procès est l’alibi, et il est clair qu’il était pertinent également pour ce qui est de l’identification, la plus contestée des questions au procès. La crédibilité des témoins de l’appelant et des témoins à charge respectivement était capitale quant à l’issue du procès. On ne saurait dire que le verdict aurait été le même si aucune conclusion défavorable n’avait été tirée à l’égard de la preuve apportée par les témoins de l’appelant. Les commentaires du juge Brooke dans *Laverty*, précité, à la p. 153, sont également appropriés en l’espèce:

[TRADUCTION] Le substitut du procureur général nous a fait valoir que s’il y a effectivement eu erreur, elle était sans importance puisque le juge du procès a choisi de croire les témoins à charge. Nous ne sommes pas

obvious. If the appellant's witness' evidence was misjudged because improper principles were applied in determining the weight to be given to it, the criteria for balancing the scales of justice may have been something other than the test of reasonable doubt. On this ground alone, the appeal must succeed.

Furthermore, the trial judge stated that if he had not drawn a negative inference against the alibi evidence: "[t]hat may very well have been of significant assistance to the accused, I don't know." When a trial judge recognizes that the outcome may have been significantly affected by his decision on a point, it is clear that the conviction cannot be upheld under s. 686(1)(b)(iii) if the appellate court finds that the trial judge erred on that point.

V. Disposition

In the result I would allow the appeal, quash the conviction of the appellant and direct a new trial.

Appeal dismissed, SOPINKA and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Matthew Webber, Toronto.

Solicitor for the respondent: Federal Department of Justice, Toronto.

d'accord. L'importance de ces témoignages était évidente. Si les dépositions des témoins de l'appellant ont été mal jugées parce que des principes erronés ont été appliqués pour déterminer le poids à leur accorder, les critères applicables en vue d'équilibrer les deux plateaux de la balance de la justice ont pu être autres que le critère du doute raisonnable. Pour ce seul motif, l'appel doit être accueilli.

Par ailleurs, le juge du procès a déclaré que s'il n'avait pas tiré de conclusion défavorable quant à la preuve de l'alibi, «[c]ela aurait pu aider grandement l'accusé. Je ne sais pas». Lorsqu'un juge du procès reconnaît que l'issue aurait pu être fortement influencée par sa décision sur un point, il est clair que la déclaration de culpabilité ne peut être maintenue sous le régime du sous-al. 686(1)(b)(iii) si la cour d'appel conclut que le juge du procès a commis une erreur sur ce point.

V. Dispositif

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appellant et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, LES JUGES SOPINKA et MAJOR sont dissidents.

Procureur de l'appellant: Matthew Webber, Toronto.

Procureur de l'intimée: Ministère fédéral de la Justice, Toronto.

41

42