

Pierre Potvin Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General for Ontario Intervenors

INDEXED AS: R. v. POTVIN

File No.: 20116.

1988: October 6; 1989: March 23.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest and Sopinka JJ.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry — Whether s. 643(1) of the Code infringes s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Fair trial — Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry — Whether s. 643(1) of the Code infringes s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Criminal law — Evidence previously taken — Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry — Whether s. 643(1) of the Code infringes ss. 7 and 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Criminal law — Evidence previously taken — Discretion to exclude — Criminal Code permitting evidence taken at accused's preliminary inquiry to be read at trial where witness unwilling to testify at the accused's trial and where the accused had an opportunity to cross-examine the witness at the preliminary inquiry — Whether trial judge has discretion to exclude evidence where conditions of s. 643(1) of the

Pierre Potvin Appelant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée

a

et

Le procureur général du Canada et le procureur général de l'Ontario Intervenants

b

RÉPERTORIÉ: R. c. POTVIN

Nº du greffe: 20116.

1988: 6 octobre; 1989: 23 mars.

c Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest et Sopinka.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire — L'article 643(1) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Procès équitable — Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire — L'article 643(1) du Code porte-t-il atteinte à l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit criminel — Témoignages antérieurement recueillis — Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire — L'article 643(1) du Code porte-t-il atteinte aux art. 7 et 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?

i Droit criminel — Témoignages antérieurement recueillis — Pouvoir discrétionnaire d'écartier cette preuve — Code criminel permettant que le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé soit lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin refuse de témoigner au procès de l'accusé et lorsque ce dernier a eu l'occasion de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire — Le juge du procès a-t-il le pouvoir

Code met — Whether trial judge erred in admitting such evidence.

Criminal law — Charge to jury — Evidence of witness given at accused's preliminary inquiry admitted at trial following witness' refusal to testify at the accused's trial — Witness cross-examined by accused's counsel at the preliminary inquiry — Whether trial judge erred in not warning the jury that caution should be exercised before accepting previously taken evidence in the absence of live cross-examination — Whether a warning is required when previously taken evidence introduced at trial is from an accomplice — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 643(1).

Criminal law — Charge to jury — Failure to testify — Whether trial judge's comments on the accused's failure to testify constitute a violation of s. 4(5) of the Canada Evidence Act.

The accused and two alleged accomplices, D and T, were charged with second degree murder. The Crown proceeded against the accused first with the intention of using the other two as witnesses. Although he had testified at the preliminary inquiry, D refused to testify at the accused's trial. The trial judge allowed the Crown's application, made pursuant to s. 643(1) of the *Criminal Code*, to have the transcript of D's testimony at the preliminary inquiry introduced as evidence and rejected the accused's claim that the admission of the previously taken evidence would violate his rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The accused was convicted and his appeal to the Court of Appeal dismissed. The Court held that the admission of previously taken evidence under s. 643(1) did not violate ss. 7 or 11(d) of the *Charter* and that the trial judge made no error in admitting the evidence. The Court found that, once the conditions of s. 643(1) were met, the judge had no discretion to exclude the evidence, except perhaps pursuant to the residual common law discretion defined in *Wray*. The Court also held, after examining the charge to the jury, that the trial judge had not directed the jury's attention to the fact that the accused did not testify at his trial contrary to s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*. Nor was the trial judge's warning to the jury as to the dangers of accepting D's testimony inadequate.

discrétionnaire d'écarte la preuve lorsque les conditions de l'art. 643(1) du Code sont réunies? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en admettant cette preuve?

a Droit criminel — Exposé au jury — Témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé et utilisé au procès après le refus du témoin de témoigner au procès de l'accusé — Témoin contre-interrogé par l'avocat de l'accusé à l'enquête préliminaire — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne prévenant pas le jury que la prudence était de rigueur avant d'admettre un témoignage recueilli antérieurement en l'absence d'un contre-interrogatoire tenu au procès? — Une mise en garde est-elle requise lorsqu'un témoignage recueilli antérieurement et produit au procès provient d'un complice? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 643(1).

b Droit criminel — Exposé au jury — Défaut de témoigner — Les remarques du juge du procès concernant le fait que l'accusé n'a pas témoigné constituent-elles une violation de l'art. 4(5) de la Loi sur la preuve au Canada?

*c L'accusé et deux autres personnes présumées complices, D et T, ont été accusés de meurtre au deuxième degré. Le ministère public a d'abord porté des accusations contre l'accusé avec l'intention d'utiliser les deux autres comme témoins. Bien qu'il ait témoigné à l'enquête préliminaire, D a refusé de témoigner au procès de l'accusé. Le juge du procès a accueilli la demande du ministère public, présentée en application du par. 643(1) du *Code criminel*, d'introduire à titre de preuve le témoignage de D recueilli à l'enquête préliminaire et il a rejeté la prétention de l'accusé que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli porterait atteinte à ses droits reconnus par la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'accusé a été déclaré coupable et la Cour d'appel a rejeté son appel. La Cour a conclu que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli en vertu du par. 643(1) ne portait atteinte ni à l'art. 7 ni à l'art. 11d) de la *Charte* et que le juge du procès n'a commis aucune erreur en utilisant la preuve. La Cour a décidé que lorsque les conditions du par. 643(1) sont réunies le juge n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'exclure le témoignage, sous réserve peut-être du pouvoir discrétionnaire résiduel de *common law* défini dans l'arrêt *Wray*. La Cour a également conclu, après avoir examiné l'exposé au jury, que le juge n'avait pas attiré l'attention du jury sur l'abstention de l'accusé de témoigner à son procès, contrairement au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Elle a conclu de plus que la mise en garde du juge du procès au jury quant au danger d'accepter le témoignage de D n'était pas inadéquate.*

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

Per Lamer, Wilson and Sopinka JJ.: Section 643(1) of the *Code*, in so far as it allows evidence given at a preliminary inquiry to be admitted at a criminal trial when a witness is unavailable or unwilling to testify, does not infringe s. 7 of the *Charter* because it provides that the evidence will only be admitted if the accused has had a full opportunity to cross-examine the witness at the time the evidence was given. It is basic to our system of justice that an accused have a full opportunity to cross-examine the adverse witness. But the right to confront unavailable witnesses at trial is neither an established nor a basic principle of fundamental justice. To the extent that s. 7 guarantees the accused a fair trial, it cannot be said, in the absence of circumstances which negated or minimized the accused's opportunity to cross-examine the witness when the previous testimony was given, that the admission of the previously obtained testimony under s. 643(1) was unfair to the accused. It is the opportunity to cross-examine and not the fact of cross-examination which is crucial if the accused is to be treated fairly. The same is true of the accused's right to a fair trial guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*.

Section 643(1) of the *Code* does not violate the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* by the fact that, under s. 643(1), the accused, and not the Crown, bears the burden of proving that he did not have a full opportunity to cross-examine the witness at the time the evidence was given. Absent exceptional circumstances not present here, it is perfectly reasonable to expect an accused to be able to prove whether or not he was deprived of a full opportunity to cross-examine the witness. Only the accused, after all, knows what was comprised in that "full opportunity" and the extent to which, if at all, it was denied or restricted. A denial or restriction can only have taken place if the intention or desire to pursue certain questions was present and was frustrated.

The trial judge did not violate s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* in directing the jury's attention to the fact that the accused did not testify in his own defence. Section 4(5) requires something more than an offhand reference to the fact that an accused did not testify at trial. The trial judge's first comment was part of a general direction to the jury at the beginning of the charge. The second comment was in the nature of an offhand remark. Even if that remark could have prejudiced the accused, it was more than compensated by the trial judge's unambiguous and sustained comments

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

Les juges Lamér, Wilson et Sopinka: Le paragraphe 643(1) du *Code*, dans la mesure où il permet l'utilisation au procès criminel d'une déposition faite à l'enquête préliminaire lorsqu'un témoin ne peut ou ne veut pas témoigner, ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il prévoit que la preuve ne sera utilisée que si l'accusé a eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin au moment de sa déposition. Il est essentiel à notre système de justice qu'un accusé ait l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à charge. Mais le droit de confronter les témoins qui ne sont pas présents au procès n'est pas un principe reconnu ou essentiel de justice fondamentale. Dans la mesure où l'art. 7 garantit à l'accusé un procès équitable on ne peut affirmer, en l'absence de circonstances qui auraient éliminé ou diminué pour l'accusé l'occasion de contre-interroger le témoin au moment où le témoignage antérieur a été donné, que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli en application du par. 643(1) était inéquitable à l'égard de l'accusé. C'est l'occasion de contre-interroger, et non le contre-interrogatoire lui-même, qui est cruciale si on veut traiter l'accusé de façon équitable. Il en est de même du droit de l'accusé à un procès équitable garanti par l'al. 11d) de la *Charte*.

Le paragraphe 643(1) du *Code* ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte* parce qu'en vertu du par. 643(1) il incombe à l'accusé, et non au ministère public, d'établir qu'il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à l'époque où la déposition a été faite. En l'absence de circonstances exceptionnelles qui n'existent pas en l'espèce, il est tout à fait raisonnable d'attendre d'un accusé qu'il prouve qu'il a été ou non privé de l'occasion voulue de contre-interroger le témoin. Après tout, seul l'accusé sait ce que représentait «l'occasion voulue» et dans quelle mesure cette occasion a été refusée ou restreinte. Il ne peut y avoir eu refus ou restriction que si l'on voulait ou souhaitait insister sur certaines questions et que l'on en a été empêché.

Le juge du procès n'a pas violé le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* en attirant l'attention du jury sur le fait que l'accusé n'a pas témoigné à son procès. Le i paragraphe 4(5) exige quelque chose de plus qu'une simple allusion en passant au fait qu'un accusé n'a pas témoigné au procès. La première remarque du juge du procès fait partie d'une directive générale au jury au début de l'exposé. La seconde remarque semble être une remarque faite en passant. Même si la remarque pouvait causer un préjudice à l'accusé, elle est plus que compensée par les remarques claires et répétées du juge dans

throughout the charge concerning the burden on the Crown to prove the guilt of the accused.

A new trial should be ordered, however, because the trial judge misdirected himself as to the proper interpretation of s. 643(1) of the *Code* and because of the combined effect of the trial judge's failure to warn the jury concerning the use of s. 643(1) and his erroneous instruction that the transcript of testimony taken at the preliminary inquiry should be treated in the same manner as live testimony given at trial.

The trial judge has, under s. 643(1) of the *Code*, a discretion whether or not to admit the previous testimony once the conditions set out in the section are met. The word "may" in s. 643(1) is addressed to the trial judge and gives him a statutory discretion to depart from the purely mechanical application of the section. The discretion should be construed broadly enough to deal with situations where the testimony was obtained in a manner which was unfair to the accused or where, even though the manner of obtaining the evidence was fair to the accused, its admission at his trial would not be fair to the accused. Section 643(1), therefore, confers on the trial judge a discretion broader than the traditional evidentiary principle that evidence should be excluded if its prejudicial effect exceeds its probative value. In this case, the trial judge did not instruct himself properly as to the nature and scope of his discretion under s. 643(1). He stressed the high probative value of the evidence but failed to give adequate consideration to possible unfairness to the accused arising from either the manner in which the evidence was obtained or the effect of its admission on the fairness of the trial. The Court of Appeal proceeded on the basis that the trial judge had no discretion other than the restrictive common law formulation in *Wray*. Neither court applied its mind to the question whether in the circumstances of this case the trial judge should have exercised his statutory discretion in s. 643(1) to exclude the evidence.

Further, it is highly desirable in all cases in which previous testimony is introduced at trial pursuant to s. 643(1) of the *Code*, and in particular in a case such as this where the unavailability of the witness to testify at trial is the result of a deliberate decision by the witness not to give his evidence under oath before the trier of fact, that the trial judge remind the jury that they have not had the benefit of observing the witness giving the testimony. A failure to do so will not constitute a reversible error in every case. Here, however, the trial

son exposé concernant le fardeau de la poursuite d'établir la culpabilité de l'accusé.

Un nouveau procès devrait cependant être ordonné, d'une part, parce que le juge du procès n'a pas donné l'interprétation appropriée au par. 643(1) du *Code* et, d'autre part, à cause de l'effet combiné de l'omission du juge du procès de mettre le jury en garde quant à l'utilisation du par. 643(1) et de la directive erronée selon laquelle la transcription du témoignage reçu à l'enquête préliminaire devrait être considérée de la même façon qu'un témoignage rendu au procès.

En vertu du par. 643(1) du *Code*, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'utiliser ou d'écartier le témoignage antérieur lorsque les conditions prévues dans l'article sont réunies. Le terme «peut», au par. 643(1), s'adresse au juge du procès et lui confère le pouvoir discrétionnaire de s'éloigner de l'application purement mécanique de l'article. Il faut donner à ce pouvoir discrétionnaire une interprétation suffisamment large pour couvrir le cas où le témoignage a été obtenu d'une façon inéquitable envers l'accusé et le cas où, son utilisation ne serait pas équitable envers l'accusé, même si la façon dont il a été obtenu était équitable envers l'accusé. Le paragraphe 643(1) confère donc au juge du procès un pouvoir discrétionnaire plus large que le principe traditionnel du droit de la preuve selon lequel les éléments de preuve devraient être écartés si leur effet préjudiciable est supérieur à leur valeur probante. En l'espèce, le juge du procès n'a pas bien saisi la nature et la portée de son pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1). Il a fait ressortir la grande valeur probante du témoignage mais il a omis d'accorder suffisamment d'importance à l'inéquité possible envers l'accusé qui pourrait résulter de la façon dont la preuve a été obtenue ou à l'effet de son utilisation sur l'équité du procès. La Cour d'appel a tenu pour acquis que le juge du procès n'avait pas d'autre pouvoir discrétionnaire que ce qui correspondait à la définition restrictive en *common law* de l'arrêt *Wray*. Ni l'un ni l'autre tribunal ne s'est demandé si, compte tenu des circonstances en l'espèce, le juge du procès aurait dû écartier la preuve en exerçant le pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1).

De plus, dans tous les cas où l'on produit en preuve un témoignage antérieur en vertu du par. 643(1) du *Code*, et particulièrement dans un cas comme celui-ci où l'absence du témoin au procès découle de sa décision délibérée de ne pas témoigner sous serment au procès devant le juge des faits, il est très souhaitable que le juge du procès rappelle au jury que celui-ci n'a pas eu l'occasion d'observer le témoin pendant son témoignage. L'omission de le faire ne constituera pas toujours une erreur donnant lieu à révision. En l'espèce, le juge du procès a

judge compounded the failure to warn with an instruction designed to give the jury the impression that the transcript of D's testimony at the preliminary inquiry was evidence like all the other testimony at the trial. This was wrong. D's testimony differed from the other testimony the jury heard at trial because it alone was not subject to live cross-examination at the trial. His evidence was crucial in that it purported to be an eyewitness account which, if believed, was almost conclusive of the accused's guilt.

Where accomplice's evidence is introduced at trial pursuant to s. 643(1) of the *Code*, it is for the trial judge in every case, on the basis of his appreciation of all circumstances, to decide whether a warning is required.

Per Dickson C.J. and La Forest J.: Section 643(1) of the *Criminal Code* is not directly addressed to the prosecution or the judge, although it has implications on how they perform their duties. The provision is directed at a certain type of evidence. It makes it admissible. The parties to a trial may, therefore, invoke the provision if they wish. But the provision does not provide that the evidence previously taken shall be accepted; it provides, rather, that it may be read as evidence. This leaves room for the operation of the ordinary principles of the law of evidence, including the rule that the trial judge may exclude admissible evidence if its prejudicial effect substantially outweighs its probative value. That discretion, which is grounded in the judge's duty to ensure a fair trial, is not limited solely to situations where the evidence is highly prejudicial to the accused and only of modest probative value. In this case, the trial judge failed to properly instruct himself either about the existence of the discretion or, more likely, about its nature. He repeatedly stressed the relevance of the evidence without any consideration of its prejudicial character. Therefore, the trial judge failed to exercise the discretion which was incumbent upon him to ensure a fair trial.

In other respects, there was agreement with their colleagues.

Cases Cited

By Wilson J.

Applied: *McConnell and Beer v. The Queen*, [1968] S.C.R. 802; **approved:** *R. v. Rogers* (1987), 35 C.C.C. (3d) 50; *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289; **disapproved:** *R. v. Speid* (1988), 42 C.C.C. (3d) 12; **referred to:** *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Hamilton* (1898), 2 C.C.C. 390; *R. v. Hall*,

agravé la situation en donnant une directive qui avait pour but de donner au jury l'impression que la transcription du témoignage de D à l'enquête préliminaire était une preuve au même titre que tous les autres témoignages rendus au procès. Cela était inexact. Le témoignage de D était différent des autres témoignages entendus par le jury parce qu'il était le seul à ne pas avoir fait l'objet d'un contre-interrogatoire en présence du jury au procès. Son témoignage était crucial parce qu'il se voulait celui d'un témoin oculaire qui, s'il était cru, était presque concluant quant à la culpabilité de l'accusé.

Lorsque le témoignage d'un complice est produit en application du par. 643(1) du *Code*, il appartient dans chaque cas au juge du procès, selon son appréciation de toutes les circonstances, de décider si une mise en garde est nécessaire.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest: Le paragraphe 643(1) du *Code criminel* ne vise pas directement le ministère public ou le juge, bien qu'il ait des conséquences sur leur façon de s'acquitter de leurs obligations. La disposition vise un certain type de preuves. Elle les rend admissibles. Les parties peuvent donc l'invoquer au procès si elles le souhaitent. Mais la disposition ne prévoit pas que le témoignage antérieurement recueilli sera admis; elle prévoit plutôt qu'il pourra être lu à titre de preuve. Cela permet l'application des principes ordinaires du droit de la preuve, y compris l'application de la règle selon laquelle le juge du procès peut écarter une preuve admissible si son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante. Ce pouvoir discrétionnaire, qui tire son origine de l'obligation du juge d'assurer la tenue d'un procès équitable, n'est pas limité aux seuls cas où la preuve est extrêmement préjudiciable à l'accusé et de valeur probante modeste. En l'espèce, le juge du procès a mal compris qu'il existait un pouvoir discrétionnaire ou, plus probablement encore, quelle était sa nature. Il a souligné à plusieurs reprises la pertinence du témoignage sans considérer une seule fois son effet préjudiciable. Par conséquent, le juge du procès n'a pas exercé le pouvoir discrétionnaire qu'il lui incombaît d'exercer afin d'assurer un procès équitable.

Pour ce qui est du reste, un accord est donné aux motifs des autres juges.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

Arrêt appliqué: *McConnell and Beer v. The Queen*, [1968] R.C.S. 802; **arrêts approuvés:** *R. v. Rogers* (1987), 35 C.C.C. (3d) 50; *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289; **arrêt critiqué:** *R. v. Speid* (1988), 42 C.C.C. (3d) 12; **arrêts mentionnés:** *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. v.*

[1973] 1 All E.R. 1; *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980); *Rose v. The King* (1946), 88 C.C.C. 114; *Lambert v. The Queen* (1974), 28 C.R.N.S. 238; *R. v. Devlin* (1976), 32 C.C.C. (2d) 334; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82; *R. v. Cole* (1980), 53 C.C.C. (2d) 269; *R. v. Oda* (1980), 54 C.C.C. (2d) 466; *R. v. Kaddoura* (1987), 56 Alta. L.R. 126; *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (Man. C.A.), aff'd (1966), 50 C.R. 76 (S.C.C.); *R. v. Sophonow No. 2* (1987), 25 C.C.C. (3d) 415; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Romanick* (1959), 2 Crim. L.Q. 471; *R. v. Waucash* (1966), 1 C.R.N.S. 262; *R. v. Moore* (1973), 17 C.C.C. (2d) 348; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233; *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383; *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618.

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182; *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 4(5).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 11(d), (f), 12.
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 999.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 643(1).
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 619.

Authors Cited

Delisle, R. J. Annotation (1986), 50 C.R. (3d) 195.
Dougherty, Francis M. "Admissibility or Use in Criminal Trials of Testimony Given at Preliminary Proceeding by Witness not Available at Trial" (1985), 38 A.L.R. 4th 378.
Speyer, Christopher. "The discretion vested in the Court to admit or to exclude as evidence at trial depositions of witnesses taken at a preliminary inquiry pursuant to s. 619 of the Criminal Code" (1967), 1 C.R.N.S. 267.
*Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law**, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

Hamilton (1898), 2 C.C.C. 390; *R. v. Hall*, [1973] 1 All E.R. 1; *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980); *Rose v. The King* (1946), 88 C.C.C. 114; *Lambert v. The Queen* (1974), 28 C.R.N.S. 238; *R. v. Devlin* (1976), 32 C.C.C. (2d) 334; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82; *R. v. Cole* (1980), 53 C.C.C. (2d) 269; *R. v. Oda* (1980), 54 C.C.C. (2d) 466; *R. v. Kaddoura* (1987), 56 Alta. L.R. 126; *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (C.A. Man.), conf. (1966), 50 C.R. 76 (S.C.C.); *R. v. Sophonow No. 2* (1987), 25 C.C.C. (3d) 415; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. v. Romanick* (1959), 2 Crim. L.Q. 471; *R. v. Waucash* (1966), 1 C.R.N.S. 262; *R. v. Moore* (1973), 17 C.C.C. (2d) 348; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233; *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383; *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618.

Citée par le juge La Forest

e Arrêts mentionnés: *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182; *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402.

f Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 11d), f), 12.
Code criminel, S.C. 1953-54, chap. 51, art. 619.
Code criminel, S.R.C. 1927, chap. 36, art. 999.
g *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 643(1).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 4(5).

Doctrine citée

h *Delisle, R. J. Annotation* (1986), 50 C.R. (3d) 195.
Dougherty, Francis M. "Admissibility or Use in Criminal Trials of Testimony Given at Preliminary Proceeding by Witness not Available at Trial" (1985), 38 A.L.R. 4th 378.
i *Speyer, Christopher. "The discretion vested in the Court to admit or to exclude as evidence at trial depositions of witnesses taken at a preliminary inquiry pursuant to s. 619 of the Criminal Code"* (1967), 1 C.R.N.S. 267.
j *Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law**, vol. 5. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1986] R.L. 300, 2 Q.A.C. 81, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of second degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

Alain Dumas and Line Boivin, for the appellant.

Michel Parent, for the respondent.

Jacques Letellier, Q.C., and *Karim Benyekhlef*, for the intervener the Attorney General of Canada.

S. Casey Hill, for the intervener the Attorney General for Ontario.

The reasons of Dickson C.J. and La Forest J. were delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice Wilson. I agree with her conclusion and, apart from what follows, her reasoning as well. However, I take a different view of s. 643(1) of the *Criminal Code* and, in consequence, of the source of the discretion to exclude the evidence permitted to be adduced under that provision.

As I read s. 643, it is not directly addressed to the prosecution or the judge, although it has, of course, implications for how they perform their duties. The provision is directed at a certain type of evidence. It makes it admissible. The parties to a trial may, therefore, invoke the provision if they wish. But the provision does not provide that the evidence previously taken shall be accepted; it provides, rather, that it may be read as evidence. This leaves room for the operation of the ordinary principles of the law of evidence, including the rule that the trial judge may exclude admissible evidence if its prejudicial effect substantially outweighs its probative value; see *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 729-36; see also *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82. The case most frequently cited for the discretion to exclude is *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, where it is referred to in a dictum by Martland J. at pp. 292-93, but it is

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1986] R.L. 300, 2 Q.A.C. 81, qui a rejeté l'appel de l'accusé de sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Le ^a pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Alain Dumas et Line Boivin, pour l'appelant.

Michel Parent, pour l'intimée.

Jacques Letellier, c.r., et *Karim Benyekhlef*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

S. Casey Hill, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge La Forest rendus par

^d LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge Wilson. Je suis d'accord avec sa conclusion et, sous réserve de ce qui suit, avec son raisonnement. Je diffère cependant d'opinion sur le par. 643(1) du *Code criminel* et, par conséquent, sur l'origine du pouvoir discrétionnaire d'éarter le témoignage qu'il est permis de produire en vertu de cette disposition.

^f L'article 643, suivant mon interprétation, ne vise pas directement le ministère public ou le juge bien qu'il ait évidemment des conséquences sur leur façon de s'acquitter de leurs obligations. La disposition vise un certain type de preuves. Elle les rend admissibles. Les parties peuvent donc l'invoquer au procès si elles le souhaitent. Toutefois cette disposition ne prévoit pas que le témoignage antérieurement recueilli sera admis; elle prévoit plutôt qu'il pourra être lu à titre de preuve. Cela permet

^g l'application des principes ordinaires du droit de la preuve, y compris l'application de la règle selon laquelle le juge du procès peut éarter une preuve admissible si son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante; voir l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, aux pp. 729 à 736; voir également *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82. L'arrêt le plus souvent cité à l'appui du pouvoir discrétionnaire d'éarter une preuve est *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, où il est mentionné dans une opinion incidente du juge Martland aux pp. 292 et 293, mais il s'agit simple-

ⁱ ^j

simply one of the fundamental postulates of the law of evidence.

As my colleague notes, some have interpreted Martland J.'s dictum as limiting the discretion solely to situations where the evidence is highly prejudicial to the accused and is only of modest probative value. I do not accept this restrictive approach to the discretion. As I noted in *Corbett, supra*, at pp. 736-40, this narrow view, which can be traced from a statement by Lord du Parcq in *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (P.C.), at p. 192, has now been rejected by the House of Lords: *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402. That case, and others there referred to, make it clear that under English law, a judge in a criminal trial always has a discretion to exclude evidence if, in the judge's opinion, its prejudicial effect substantially outweighs its probative value. Lord Fraser of Tullybelton put it this way at pp. 446-47:

The judge in these circumstances has a discretion to exclude the evidence not only if its probative weight is "trifling"—see *Noor Mohamed v. The King* [1949] A.C. 182, 192—but whenever its prejudicial effect would be "out of proportion to its true evidential value"—see *Harris v. Director of Public Prosecutions* [1952] A.C. 694, 707, Viscount Simon quoting Lord Moulton in *Rex v. Christie* [1914] A.C. 545. I read the latter expression as meaning that the discretion can be exercised where the prejudicial value of the evidence would greatly exceed its probative value.

Lord Diplock, at pp. 433-34, Viscount Dilhorne, at pp. 438-39, and Lord Salmon, at p. 445, express similar opinions. As their Lordships make clear, the discretion is grounded in the judge's duty to ensure a fair trial; see the same judges respectively at pp. 437, 439 and 447. I am in accord with their view of the nature of the discretion.

On a reading of the trial judge's comments in relation to the Crown's application to have the evidence admitted, which is cited by my colleague, it is evident that the trial judge failed to properly

ment d'un postulat fondamental du droit de la preuve.

Comme le souligne ma collègue, certains ont donné à l'opinion incidente du juge Martland une interprétation qui limite ce pouvoir discrétionnaire aux seuls cas où la preuve est extrêmement préjudiciable à l'accusé et de valeur probante modeste. Je n'accepte pas cette interprétation restrictive du pouvoir discrétionnaire. Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *Corbett*, précité, aux pp. 736 à 740, cette interprétation restrictive qui remonte à une déclaration de lord du Parcq dans l'arrêt *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (C.P.), à la p. 192, a été rejetée depuis par la Chambre des lords: *R. v. Sang*, [1980] A.C. 402. Selon cet arrêt et d'autres qui y sont mentionnés, il est clair qu'en droit anglais le juge d'un procès criminel a toujours le pouvoir discrétionnaire d'écartier la preuve si, à son avis, son effet préjudiciable l'emporte considérablement sur sa valeur probante. Lord Fraser of Tullybelton l'explique ainsi, aux pp. 446 et 447:

e [TRADUCTION] Dans ces circonstances, le juge a le pouvoir discrétionnaire d'écartier un élément de preuve non seulement si sa valeur probante est «insignifiante»—voir l'arrêt *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182, 192—mais aussi dans tous les cas où son effet préjudiciable «serait disproportionné à sa valeur probante réelle»—voir l'arrêt *Harris v. Director of Public Prosecutions* [1952] A.C. 694, 707, le vicomte Simon citant lord Moulton dans l'arrêt *Rex v. Christie* [1914] A.C. 545. À mon sens, la dernière expression signifie que le pouvoir discrétionnaire peut être exercé lorsque la valeur préjudiciable de l'élément de preuve serait considérablement supérieure à sa valeur probante.

Lord Diplock, aux pp. 433 et 434, le vicomte Dilhorne, aux pp. 438 et 439, et lord Salmon, à la p. 445, expriment des opinions semblables. Comme leurs Seigneuries l'expliquent clairement, le pouvoir discrétionnaire tire son origine de l'obligation du juge d'assurer la tenue d'un procès équitable; voir les opinions des mêmes juges aux pp. 437, 439 et 447 respectivement. Je partage leur opinion quant à la nature du pouvoir discrétionnaire.

Les remarques du juge du procès concernant la demande du ministère public d'utiliser le témoignage, remarques qui sont citées par ma collègue, montrent clairement que le juge du procès a mal

instruct himself either about the existence of the discretion or, more likely, about its nature. He repeatedly stresses the relevance of the evidence without any consideration of its prejudicial character. This smacks of the restricted view of the discretion I have rejected. In my view, therefore, the trial judge failed to exercise the discretion which was incumbent upon him to ensure a fair trial.

For that reason, as well as the erroneous instruction of the trial judge to the jury that the testimony taken at the preliminary hearing should be treated in the same manner as live testimony given at trial, I would, like my colleague, allow the appeal and order a new trial. I would also answer the constitutional questions in the manner proposed by her.

The judgment of Lamer, Wilson and Sopinka JJ. was delivered by

WILSON J.—The main issue on this appeal is whether the admission at trial of previously taken evidence under s. 643(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C. 1985, c. C-46, s. 715(1)), as amended, violates an accused's rights under ss. 7 or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Other issues raised on the appeal are whether, assuming no such *Charter* violation, the trial judge nevertheless erred in admitting such evidence, in not providing an adequate warning to the jury concerning the dangers of accepting previously taken evidence of an accomplice in the absence of live cross-examination, and in making reference to the appellant's not having testified at his trial contrary to the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 4(5).

I. The Facts

On April 21, 1983 the appellant, Pierre Potvin, his girl friend Josée Thibault and Benoît Deschênes met in a bar and planned to go to the home of an acquaintance, Paulette Liversain, and steal her jewellery. The three, along with two other

compris qu'il existait un pouvoir discrétionnaire ou, plus probablement encore, quelle était sa nature. Il a souligné à plusieurs reprises la pertinence du témoignage sans considérer une seule fois son effet préjudiciable. Cela ressemble beaucoup à l'interprétation restrictive de ce pouvoir discrétionnaire, interprétation que j'ai rejetée. Par conséquent, j'estime que le juge du procès n'a pas exercé le pouvoir discrétionnaire qu'il lui incombait d'exercer afin d'assurer un procès équitable.

Pour cette raison et aussi parce que le juge du procès a donné au jury la directive erronée que le témoignage reçu à l'enquête préliminaire devrait être traité de la même façon qu'un témoignage donné de vive voix au procès, je suis d'avis, comme ma collègue, d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Je suis également d'avis de donner aux questions constitutionnelles les réponses qu'elle propose.

Version française du jugement des juges Lamer, Wilson et Sopinka rendu par

LE JUGE WILSON—La principale question que soulève ce pourvoi est de savoir si l'utilisation au procès de témoignages antérieurement recueillis, en application du par. 643(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), chap. C-46, par. 715(1)), et modifications, viole les droits reconnus à un accusé en vertu de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le pourvoi soulève aussi les questions de savoir si, dans l'hypothèse d'absence de violation de la *Charte*, le juge du procès a néanmoins commis une erreur en utilisant cette preuve, en ne faisant pas une mise en garde adéquate au jury quant au danger d'admettre le témoignage antérieur d'un complice sans contre-interrogatoire au procès et en mentionnant, contrairement au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, que l'appelant n'avait pas témoigné à son procès.

I. Les faits

Le 21 avril 1983, l'appelant Pierre Potvin, son amie Josée Thibault et Benoît Deschênes se sont rencontrés dans un bar et ont convenu de se rendre au domicile d'une connaissance, Paulette Liversain, et de lui voler ses bijoux. Ces trois personnes,

friends, arrived at the home of Mrs. Liversain at 2:30 in the morning of April 22, 1983. The two other friends left shortly after their arrival in order to obtain more beer. What happened next is not exactly clear. Mrs. Liversain apparently became aware of the trio's intentions and was severely beaten. She died of her injuries and the appellant, Josée Thibault and Benoît Deschênes were all charged with second degree murder.

The Crown proceeded against the appellant first with the intention of using the other two as witnesses. Although he had testified at the preliminary inquiry, Benoît Deschênes refused to testify at the appellant's trial. The Crown then applied to the judge to have the transcript of Deschênes' testimony at the preliminary inquiry introduced as evidence at the appellant's jury trial under s. 643(1) of the *Criminal Code*. The trial judge held that the requirements of s. 643(1) of the *Criminal Code* had been met and that the previously taken testimony should be admitted as evidence at the trial. The appellant's defence was that Josée Thibault and Benoît Deschênes and not himself inflicted the fatal injuries on Mrs. Liversain. The appellant was found guilty of second degree murder.

II. Legislation

Section 643(1) of the *Criminal Code* provides as follows:

643. (1) Where, at the trial of an accused, a person whose evidence was given at a previous trial upon the same charge, or whose evidence was taken in the investigation of the charge against the accused or upon the preliminary inquiry into the charge, refuses to be sworn or to give evidence, or if facts are proved upon oath from which it can be inferred reasonably that the person

- (a) is dead,
- (b) has since become and is insane,
- (c) is so ill that he is unable to travel or testify, or
- (d) is absent from Canada,

accompagnées de deux autres amis, sont arrivées au domicile de M^{me} Liversain à 2 h 30 le matin du 22 avril 1983. Les deux autres amis sont repartis peu de temps après leur arrivée pour aller chercher ^a de la bière. Ce qui s'est passé par la suite n'est pas très clair. Madame Liversain a apparemment pris conscience des intentions des trois et a été violemment battue. Elle est morte par suite de ses blessures et l'appelant ainsi que Josée Thibault et Benoît Deschênes ont été accusés de meurtre au deuxième degré.

Le ministère public a d'abord porté des accusations contre l'appelant avec l'intention d'utiliser les deux autres comme témoins. Bien qu'il ait témoigné à l'enquête préliminaire, Benoît Deschênes a refusé de témoigner au procès de l'appelant. Le ministère public a alors demandé au juge que soit ^c introduite à titre de preuve au procès de l'appelant, qui avait lieu devant un jury, la transcription du témoignage que Deschênes avait fait à l'enquête préliminaire, en application du par. 643(1) du *Code criminel*. Le juge du procès a conclu que les ^d exigences du par. 643(1) du *Code criminel* avaient été respectées et que le témoignage antérieurement recueilli devrait être utilisé comme preuve au procès. Selon la défense présentée par l'appelant, ce n'était pas lui mais Josée Thibault et Benoît Deschênes qui avaient infligé les blessures fatales à M^{me} Liversain. L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

II. Les dispositions législatives

Le paragraphe 643(1) du *Code criminel* prévoit ce qui suit:

643. (1) Lorsque, au procès d'un accusé, une personne qui a rendu témoignage au cours d'un procès antérieur sur la même inculpation ou qui a rendu témoignage au cours d'un examen de l'inculpation contre l'accusé ou lors de l'enquête préliminaire sur l'inculpation, refuse de prêter serment ou de rendre témoignage, ⁱ ou si sont établis sous serment des faits dont il est raisonnablement permis de conclure que la personne

- ^j a) est décédée,
- b) est depuis devenue aliénée et est aliénée,
- c) est trop malade pour voyager ou pour témoigner, ou
- d) est absente du Canada,

and where it is proved that his evidence was taken in the presence of the accused, it may be read as evidence in the proceedings without further proof, if the evidence purports to be signed by the judge or justice before whom it purports to have been taken, unless the accused proves that it was not in fact signed by that judge or justice or that he did not have full opportunity to cross-examine the witness.

Section 4(5) of the *Canada Evidence Act* provides:

4. . .

(5) The failure of the person charged, or the wife or husband of such person, to testify, shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution.

The relevant sections of the *Charter* provide:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

III. The Judgments Below

Quebec Superior Court

Upon the application by the Crown to admit as evidence the transcript of Benoît Deschênes' testimony at the preliminary inquiry, the trial judge concluded that the conditions for admission of the evidence under s. 643(1) had been met. He stated:

[TRANSLATION] In the case at bar the conditions laid down by The Queen v. Lambert, a case cited by the Crown and a decision of our Court of Appeal, have been met and the fact that this is a case of murder does not, with great respect for the submission of counsel for the

et s'il est établi que son témoignage a été reçu en présence de l'accusé, ce témoignage peut être lu à titre de preuve dans les procédures, sans autre preuve, si le témoignage est donné comme ayant été signé par le juge ou le juge de paix devant qui il est censé avoir été recueilli, à moins que l'accusé n'établisse que le témoignage n'a pas été effectivement signé par ledit juge ou juge de paix ou qu'il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin.

b Le paragraphe 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* prévoit:

4. . .

(5) L'abstention de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat de la poursuite.

Les articles pertinents de la *Charte* prévoient:

d 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

f 11. Tout inculpé a le droit:

g d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

III. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

La Cour supérieure du Québec

Lorsque le ministère public a demandé que soit admise en preuve la transcription du témoignage que Benoît Deschênes avait fait à l'enquête préliminaire, le juge du procès a conclu que les conditions d'admission du témoignage prévues au par. 643(1) étaient réunies. Il a affirmé:

Dans le présent cas, les conditions prévues dans La Reine - vs - Lambert, cause citée par la Couronne, décision de notre Cour d'appel, les conditions se rencontrent et le fait qu'il s'agisse ici d'un meurtre me fait non pas conclure, avec beaucoup de respect pour ce qu'a

defence, lead me to conclude that a greater injustice would result, but on the contrary suggests that in a case where there is a charge of this importance, the exercise of judicial discretion if the conditions specified in s. 643 have been met—the exercise must be in a positive manner along the lines suggested by the prosecution.

So, for these reasons and because the conditions set by the Act have been met to my satisfaction by the Crown, *inter alia* as a consequence of the admission by the defence, and because I also think it is in the higher interests of justice for this testimony to be part of the evidence, since under the criteria of relevance—counsel forgot to raise this before me—it is extremely relevant . . .

I considered it in advance, because I did think that this application would be made to me this morning. It is extremely relevant since he is one of the three—one of the three persons living who was or may have been in the victim's residence when the events occurred.

So we will not consider the relevance of this testimony for a single moment longer—the accused had an opportunity to cross-examine on this testimony at the preliminary inquiry. The witness was cross-examined by two or three people.

So, despite his humble—and in passing I would say noble—effort, undoubtedly intended to render assistance to someone in this case, his testimony will be read since that is my decision.

His testimony will be read to the jury at once and will be part of the evidence like any other testimony given in the course of this trial, in accordance with the actual wording of the Criminal Code, which is always the best authority. The wording of the Code itself is always the best authority that I can be referred to.

However, he rejected the appellant's claim that the admission of the previously taken evidence would violate his rights under the *Charter* stating:

[TRANSLATION] First, to deal with the question of the Charter, I accept the argument of your colleague that this provision of the legislator, this provision of the Criminal Code authorized by law—the Criminal Code is public law—giving discretion to the Court, this legislation not only exists but is authorized in the Canadian Criminal Code, and as Mr. Parent pointed out, has been interpreted and applied by the courts on various occasions—on certain occasions.

soumis l'avocat de la défense, qu'une plus grande injustice en résulterait mais m'amène à conclure au contraire que dans une cause où il y a une accusation de cette importance, l'exercice de la discréction judiciaire si les *a* conditions prévues à l'article 643 se rencontrent, l'exercice doit être de façon positive dans le sens demandé par le ministère public.

Alors pour ces raisons et parce que les conditions requises par la Loi ont été établies à ma satisfaction par *b* la Couronne, entre autres grâce à l'admission de la défense, et parce qu'il m'apparaît également dans l'intérêt supérieur de la justice que ce témoignage fasse partie de la preuve puisqu'en vertu des critères de la pertinence—on avait oublié de soulever devant moi—it est joliment pertinent . . .

J'en ai pris connaissance par anticipation parce que j'ai bien pensé que l'on pourrait me faire cette application ce matin. Il est joliment pertinent puisqu'il est l'un des trois, l'une des trois personnes vivantes qui étaient *d* ou auraient été au domicile de la victime lorsque les événements se sont déroulés.

Alors ne nous interrogeons pas une seconde de plus quant à la pertinence de ce témoignage, témoignage qui a donné à l'enquête préliminaire l'occasion à l'accusé de contre-interroger. Le témoin a été contre-interrogé par deux (2) ou trois (3) personnes.

Alors malgré son humble effort—and je dis noble entre guillemets—pour sans doute rendre service à quelqu'un dans cette cause, son témoignage va être lu puisque c'est *f* là ma décision.

Son témoignage va être lu aux jurés tout à l'heure et fera partie de la preuve comme tout autre témoignage rendu au cours de ce procès et le tout conformément aux dispositions mêmes du Code criminel qui demeure toujours la meilleure jurisprudence. Les termes mêmes du Code sont toujours la meilleure jurisprudence que l'on puisse me citer.

Il a cependant rejeté la prétention de l'appelant *h* que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli porterait atteinte à ses droits reconnus par la *Charte*, en affirmant:

D'abord et pour trancher sur la question de la Charte, je fais droit à l'argument de votre confrère à l'effet que *i* cette disposition du législateur, cette disposition du Code criminel prévue à la Loi—c'est une Loi publique le Code criminel—and qui reconnaît la discréction au Tribunal, cette législation non seulement existe mais est prévue au Code Pénal Canadien et elle a fait l'objet, comme maître *j* Parent l'a souligné, à différentes occasions, à certaines reprises elle a fait l'objet d'une interprétation et d'une application par les tribunaux.

Though such applications or interpretations were prior to the Charter, I do not know that s. 643, which is cited in support of the application at bar, offends against the provisions of the Charter, to which I was referred by learned counsel for the defence.

That the procedure is unusual in the sense that it is rare—and a moment ago we were given a good interpretation, or a good explanation, of the fact that it is rare, because fortunately in this country people of the stamp, the quality or weakness of the sort of person I convicted this morning are rare as well. There is a direct connection between the rarity of people of this type and of cases which cause the procedure to take an unusual direction, because it is rarely used: I too am glad that it is rare.

However, the fact that it is rare—that it is unusual—should not cause the Court to reject it because of the Charter and in general. I do not personally see how this procedure of an unusual nature falls within the language of the Charter, which is “unusual treatment”.

Furthermore, it can readily be seen from the proximity in the Charter of the adjective and epithet “cruel”, the spirit of the Charter and the meaning that must be given to the word “unusual” can readily be understood.

The appellant was found guilty of second degree murder.

Quebec Court of Appeal

The Quebec Court of Appeal (Montgomery, L'Heureux-Dubé and McCarthy J.J.A.) dismissed the appellant's appeal, holding that the admission of previously taken evidence once the conditions of s. 643(1) of the *Criminal Code* had been met did not violate ss. 7, 11(d) or (f) of the *Charter*: (1986), 2 Q.A.C. 81. The Court also concluded that the trial judge had made no error in admitting the evidence. Once the conditions prescribed in s. 643(1) had been met the Court concluded that the judge had no discretion to exclude the prior testimony as evidence at the trial, except perhaps pursuant to the residual common law discretion defined by this Court in *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272. McCarthy J.A. stated for the Court at p. 84:

[TRANSLATION] As regards the argument that the trial judge improperly exercised a discretion conferred on him by s. 643, by admitting the testimony given by

Même si ces applications ou interprétations étaient antérieures à la Charte, je ne sache pas que l'article 643 que l'on invoque au soutien de la présente requête aille à l'encontre des dispositions de la Charte que m'a citées le savant procureur de la défense.

Que la procédure soit inusitée au sens qu'elle est rare—and on a donné tout à l'heure une bonne interprétation ou une bonne explication du fait qu'elle est rare parce qu'heureusement dans ce pays des individus de l'acabit, de la trempe ou de la mollesse de celui que j'ai condamné ce matin sont rares eux aussi. Il y a un lien direct entre la rareté des individus de cet acabit et la rareté des cas qui font que la procédure est en un sens inusitée parce que rarement employée, je me réjouis à mon tour que ce soit rare.

Mais ce n'est pas le fait qu'elle soit rare, qu'elle soit inusitée, qui doit inciter le Tribunal à la mettre de côté à cause de la Charte et en général. Je ne vois pas, quant à moi, que cette procédure au caractère inusité rejoigne l'expression de la Charte qui est celui du traitement inusité.

D'ailleurs on se rend vite compte par la présence à proximité, dans la Charte, de l'adjectif et épithète «cruel», on se rend vite compte de l'esprit de la Charte et du sens qu'elle veut donner au mot «inusité».

L'appelant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré.

La Cour d'appel du Québec

La Cour d'appel du Québec (les juges Montgomery, L'Heureux-Dubé et McCarthy) a rejeté l'appel de l'appelant en concluant que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli, quand les conditions du par. 643(1) du *Code criminel* sont remplies, ne porte atteinte ni à l'art. 7 ni aux al. 11d) ou f) de la *Charte*: (1986), 2 Q.A.C. 81. La Cour a également conclu que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en utilisant la preuve. La Cour a conclu que, lorsque les conditions du par. 643(1) sont réunies, le juge n'a pas le pouvoir discrétionnaire d'exclure le témoignage antérieur de la preuve au procès, sous réserve peut-être du pouvoir discrétionnaire résiduel de *common law* que cette Cour a défini dans l'arrêt *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272. Le juge McCarthy a affirmé au nom de la Cour d'appel, à la p. 84:

Quant à l'argument à l'effet que le juge du procès a mal exercé une discréption que lui accorderait l'article 643 en admettant en preuve le témoignage rendu par

Deschênes at the preliminary inquiry, I cannot accept this. The word "may" in s. 643 confers a right on the parties, it does not give the judge a discretion: **R. v. Tretter** (1975), 18 C.C.C. (2d) 82 (Ontario C.A.), at 89; **R. v. Oda, R. v. Lawson** (1981), 54 C.C.C. (2d) 466 (British Columbia C.A.), at 468. Admitting evidence relevant to the point at issue and of significant evidentiary force may have an unfavourable effect for the accused without being inequitable: **R. v. Wray**, [1971] R.C.S. 272, at 293 (per Martland J., for the majority).

The Court of Appeal also concluded, after examining the trial judge's charge to the jury, that the trial judge had not, as was alleged, directed the jury's attention to the fact that the appellant did not testify at his trial contrary to s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*. Nor was the trial judge's warning to the jury as to the dangers of accepting the testimony of the alleged accomplice Benoît Deschênes inadequate under this Court's decision in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811.

This Court granted leave to appeal the Court of Appeal's decision to this Court on March 26, 1987, [1987] 1 S.C.R. xii, and the Chief Justice subsequently set the following constitutional questions:

1. Does section 643 of the *Criminal Code* in so far as it allows the Crown to ask the trial judge to read as evidence before a jury the evidence of an accomplice given at the preliminary inquiry, when the said accomplice refuses to give evidence at the trial, violate ss. 7, 11(d) and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is the resort to that section justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

IV. The Issues

The appellant submits that s. 643(1) of the *Criminal Code* as applied in this case violates his rights under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and is not justified under s. 1. In the alternative, he says that the trial judge erred in not exercising his discretion under s. 643(1) to refuse to admit the transcript as evidence in the circumstances of this case. The Crown alleges, on the other hand, that the Court of Appeal was correct in holding that a

Deschênes lors de l'enquête préliminaire, je ne le retiens pas. Le mot «peut» dans l'article 643 accorde un droit aux parties, non pas une discréption au juge: **R. v. Tretter** (1975), 18 C.C.C. (2d) 82 (C.A. Ontario), à la page 89; **R. v. Oda, R. v. Lawson** (1981), 54 C.C.C. (2d) 466 (C.A. Colombie-Britannique), à la page 468. Admettre une preuve pertinente à la question en litige et de force probante signifiante peut avoir un effet défavorable à l'accusé sans être inéquitable: **R. v. Wray**, [1971] R.C.S. 272, à la page 293 (per Martland J., pour la majorité).

La Cour d'appel a également conclu après avoir examiné l'exposé du juge au jury, que le juge n'avait pas, comme on l'avait prétendu, attiré l'attention du jury sur le fait que l'appelant n'avait pas témoigné à son procès, contrairement au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Elle a conclu de plus que la mise en garde du juge au jury quant au danger d'accepter le témoignage du complice présumé Benoît Deschênes n'était pas inadéquate selon l'arrêt de cette Cour *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

Cette Cour a accordé l'autorisation de pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel le 26 mars 1987, [1987] 1 R.C.S. xii, et le Juge en chef a formulé par la suite les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 643 du *Code criminel*, dans la mesure où il permet à la poursuite de demander au juge du procès de lire à titre de preuve devant le jury le témoignage d'un complice donné à l'enquête préliminaire, lorsque ledit complice refuse de témoigner au procès, viole-t-il les art. 7, 11d) et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le recours à cet article est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

IV. Les questions en litige

L'appelant soutient que le par. 643(1) du *Code criminel*, tel qu'il a été appliqué en l'espèce, viole les droits que lui reconnaissent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et n'est pas justifié en vertu de son article premier. Subsidiairement, il affirme que le juge du procès a commis l'erreur de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1) pour refuser d'admettre la transcription en preuve dans les circonstances de l'espèce. En revanche, le

trial judge has no discretion under s. 643(1) once the requirements of the section have been met and that, even if the trial judge in this case did have such a discretion, he did not err in his refusal to exercise it against the admission of the previous testimony.

The appellant also argues that the trial judge erred in not warning the jury that recourse to s. 643(1) is an unusual procedure and that the evidence of alleged accomplices should only be accepted with caution, especially in the absence of live cross-examination on such evidence before the jury. The appellant further submits that the trial judge erred in directing the jury's attention to the fact that the appellant did not testify at his trial contrary to s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*. These submissions require us to address the following questions:

(a) Does section 643(1) of the *Criminal Code*, in so far as it permits the trial judge to read as evidence before a jury testimony given at a preliminary inquiry when the person who testified is not available for cross-examination at the trial, violate ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, and if so, is the violation justified under s. 1 of the *Charter*?

(b) Did the courts below err in holding that s. 643(1) of the *Criminal Code* does not grant a trial judge a discretion to admit the evidence when the requirements of the section are met and, if so, did the trial judge err in not exercising his discretion in order to preclude the admission of the transcript of Deschênes' testimony at the preliminary inquiry as evidence at the trial?

(c) Did the trial judge err in not warning the jury that the admission of evidence pursuant to s. 643(1) of the *Criminal Code* is an unusual procedure and that caution should be exercised before the evidence of an accomplice is accepted against another accomplice?

ministère public allègue que la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge du procès n'a aucun pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1), une fois réunies les conditions prescrites par cet article, et que, même si le juge avait ce pouvoir discrétionnaire, il n'a pas commis d'erreur en refusant de l'exercer pour écarter le témoignage antérieur.

L'appelant prétend en outre que le juge du procès a commis une erreur en ne prévenant pas le jury que le recours au par. 643(1) est une procédure inusitée et que le témoignage de complices présumés ne devrait être admis qu'avec prudence, surtout quand ils ne sont pas contre-interrogés sur ce témoignage au procès, devant le jury. L'appelant soutient de plus que le juge du procès a commis une erreur en attirant l'attention du jury sur le fait que l'appelant n'avait pas témoigné à son procès, contrairement au par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ces prétentions nous obligent à répondre aux questions suivantes:

a) Le paragraphe 643(1) du *Code criminel*, dans la mesure où il permet au juge du procès de lire à titre de preuve devant le jury le témoignage d'une personne donné à l'enquête préliminaire lorsque cette personne ne peut être contre-interrogée au procès, viole-t-il l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et, dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en application de l'article premier de la *Charte*?

b) Les tribunaux d'instance inférieure ont-ils commis une erreur en décidant que le par. 643(1) du *Code criminel* ne confère pas au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'utiliser le témoignage lorsque les exigences de l'article sont remplies et, dans l'affirmative, le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'exerçant pas son pouvoir discrétionnaire de façon à empêcher que la transcription du témoignage de Deschênes à l'enquête préliminaire soit admise en preuve au procès?

c) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne prévenant pas le jury que l'utilisation d'un témoignage en application du par. 643(1) du *Code criminel* constitue une procédure inusitée et que la prudence devrait être de rigueur avant d'admettre le témoignage d'un complice contre un autre complice.

(d) Did the trial judge violate s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* by directing the jury's attention to the fact that the appellant did not testify in his own defence?

(a) *Section 643(1): the Constitutional Issues*

(1) Section 7

The appellant argues that an accused's ability to cross-examine all adverse witnesses at trial before the trier of fact is a principle of fundamental justice and a requirement of a fair trial. Basic to this argument is acceptance of the proposition that the trier of fact will be unable to assess the credibility of a witness in the absence of his or her physical presence at the time the evidence is presented to the trier of fact. That credibility is the issue under the section seems clear from the fact that it specifically requires that the previous evidence of the witness that is to be admitted at the trial has been taken in the presence of the accused who had a full opportunity to cross-examine on the evidence at the time.

I think the appellant's submission that s. 643(1) violates s. 7 must fail. This Court held in the *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503, that the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our justice system. Our justice system has, however, traditionally held evidence given under oath at a previous proceeding to be admissible at a criminal trial if the witness was unavailable at the trial for a reason such as death, provided the accused had an opportunity to cross-examine the witness when the evidence was originally given. The common law origins of the predecessor section to the present s. 643(1) were noted by Bain J. in *R. v. Hamilton* (1898), 2 C.C.C. 390 (Man. Q.B.), at p. 406, where he said:

It is a rule founded on common law principles that, if a witness be proved to be dead, secondary evidence of a statement he made under oath on a former trial between the same parties will be received, provided that the facts in issue are substantially the same, and that the person against whom the evidence is to be given had the right and opportunity of cross-examining the witness: *Reg. v.*

d) Le juge du procès a-t-il violé le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* en attirant l'attention du jury sur le fait que l'appelant n'avait pas témoigné pour sa propre défense?

^a a) *Le paragraphe 643(1): les questions constitutionnelles*

(1) L'article 7

^b b) L'appelant soutient que la possibilité pour l'accusé de contre-interroger au procès tous les témoins à charge, devant le juge des faits, est un principe de justice fondamentale et une condition de l'équité du procès. Cet argument est basé sur la proposition selon laquelle le juge des faits est incapable d'apprécier la crédibilité d'un témoin qui est physiquement absent au moment où le témoignage lui est présenté. Il est clair que c'est de la crédibilité qu'il s'agit dans cet article puisqu'il exige expressément que le témoignage antérieur qui doit être utilisé au procès ait été reçu en présence de l'accusé et que ce dernier ait alors eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin sur son témoignage.

^c c) J'estime que l'argument de l'appelant selon lequel le par. 643(1) viole l'art. 7 doit être rejeté. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503, cette Cour a affirmé que les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système de justice. Cependant, notre système judiciaire a traditionnellement reconnu que le témoignage fait sous serment lors d'une procédure antérieure était admissible dans un procès criminel, si le témoin ne pouvait être présent au procès, parce que par exemple il était décédé, à la condition que l'accusé ait eu l'occasion de le contre-interroger au moment de la déposition initiale. Dans l'arrêt *R. v. Hamilton* (1898), 2 C.C.C. 390 (B.R. Man.), à la p. 406, le juge Bain souligne que l'article antérieur au par. 643(1) actuel trouve son origine dans la *common law*:

^j ^d [TRADUCTION] C'est une règle fondée sur les principes de *common law* que, s'il y a preuve du décès d'un témoin, la preuve secondaire d'une déclaration qu'il a faite sous serment à un procès antérieur tenu entre les mêmes parties sera admise pourvu que les faits en cause soient essentiellement les mêmes et que la personne contre qui le témoignage doit être présenté ait eu le droit

Smith, 2 Stark. 208 and note; Taylor on Evidence, § 464.

Likewise, Wigmore in his treatise on *Evidence* (Chadbourn rev. 1974), vol. 5, has explained at § 1370 why the practice of admitting testimony which has already been subjected to cross-examination is consistent with the requirements of the hearsay rule:

§ 1370. Cross-examined statements not an exception to the hearsay rule. The hearsay rule excludes testimonial statements not subjected to cross-examination (§ 1362 *supra*). When, therefore, a statement has *already been subjected to cross-examination* and is hence admitted—as in the case of a deposition or testimony at a former trial—it comes in because the rule is satisfied, not because an exception to the rule is allowed. The statement may have been made before the present trial, but if it has been already subjected to proper cross-examination, it has satisfied the rule and needs no exception in its favour. This is worth clear appreciation, because it involves the whole theory of the rule: . . .

The practice of admitting previously taken evidence if the accused had an opportunity on the previous occasion to cross-examine the witness has been sanctioned by courts in the United Kingdom (see *R. v. Hall*, [1973] 1 All E.R. 1 (C.A.), at p. 7) and in the United States (see *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980)). The American authorities on this question, collected in F. Dougherty “Admissibility or Use in Criminal Trials of Testimony Given at Preliminary Proceeding by Witness not Available at Trial” (1985), 38 A.L.R. 4th 378, are of interest in that the Sixth Amendment of the American Bill of Rights specifically guarantees the accused the right “to be confronted with the witnesses against him.” This right of confrontation has been held to be satisfied by the accused’s having had an opportunity to cross-examine the witness at the time the previous evidence was given. It is clear to me from this survey that the right asserted by the appellant to confront an unavailable witness before the trier of fact at trial cannot be said to be a traditional or basic tenet of our justice system.

et l’occasion de contre-interroger le témoin: *Reg. v. Smith*, 2 Stark. 208 et note; Taylor on Evidence, § 464.

De même, Wigmore dans son traité *Evidence* (Chadbourn rev. 1974), vol. 5, explique au § 1370 pourquoi la pratique d’admettre un témoignage qui a déjà fait l’objet d’un contre-interrogatoire est conforme aux exigences relatives à la règle du oui-dire:

[TRADUCTION] § 1370. Les déclarations qui ont fait l’objet d’un contre-interrogatoire ne sont pas une exception à la règle du oui-dire. La règle du oui-dire écarte la preuve testimoniale qui n’a pas fait l’objet d’un contre-interrogatoire (§ 1362, ci-dessus). Par conséquent, lorsqu’une déclaration a déjà fait l’objet d’un contre-interrogatoire et est donc utilisée—comme dans le cas d’une déposition ou d’un témoignage à un procès antérieur—elle est reçue parce que la règle est respectée et non parce qu’une exception à la règle est permise. La déclaration peut avoir été faite avant la tenue du procès actuel, mais si elle a déjà fait l’objet d’un contre-interrogatoire approprié, elle est conforme à la règle et n’a besoin d’aucune exception en sa faveur. Cela mérite d’être bien compris parce que cela fait intervenir toute la théorie de la règle: . . .

L’utilisation de témoignages recueillis antérieurement, lorsque l’accusé a eu l’occasion à ce moment-là de contre-interroger le témoin, est une pratique reconnue par les tribunaux du Royaume-Uni (voir l’arrêt *R. v. Hall*, [1973] 1 All E.R. 1 (C.A.), à la p. 7) et des États-Unis (voir l’arrêt *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980)). Les sources américaines sur le sujet, réunies par F. Dougherty dans «Admissibility or Use in Criminal Trials of Testimony Given at Preliminary Proceeding by Witness not Available at Trial» (1985), 38 A.L.R. 4th 378, sont intéressantes parce que le Sixième amendement de l’American Bill of Rights reconnaît expressément à l’accusé le droit [TRADUCTION] «d’être confronté avec les témoins à charge». Les tribunaux ont décidé que le droit de confrontation est respecté si l’accusé a eu l’occasion de contre-interroger le témoin au moment où le témoignage antérieur a été donné. À mon avis, il ressort de cette analyse qu’on ne peut affirmer que le droit invoqué par l’appelant de confronter un témoin qui ne peut être présent devant le juge des faits au procès est un précepte traditionnel ou fondamental de notre système juridique.

To the extent that s. 7 guarantees the accused a fair trial, can the admission of the previously obtained testimony under s. 643(1) be said to be unfair to the accused? In the absence of circumstances which negated or minimized the accused's opportunity to cross-examine the witness when the previous testimony was given, I think not. In this regard I would respectfully adopt the following statement of Vancise J.A. of the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. Rogers* (1987), 35 C.C.C. (3d) 50, at pp. 60-61:

Does this procedure offend the basic tenets and principles on which the principles of fundamental justice are based? Put another way, are these procedural safeguards sufficient to make the taking of the evidence accord with the principles of fundamental justice which are founded upon a belief "in the dignity and worth of a human person and on the rule of law"? In my opinion, they are. The conditions under which the evidence is given, including the solemnity of the occasion, are such as to guarantee its trustworthiness and to protect the rights of an accused. The evidence is given in open court in the presence of the accused, taken on oath or solemn affirmation, and the person against whose interest it is sought to be introduced has reasonable opportunity to cross-examine. The evidence is certified as to correctness by the judge before whom it was given. This is not a mechanism for the introduction of evidence which is not admissible, but rather a system for the use of evidence which would otherwise be lost. Its use, or admissibility, is provided for in a way which accords full safety to the rights of an accused. Those safeguards, together with the limited circumstances in which the procedure can be resorted to, justify its acceptance into evidence. The procedure is one which accords with the principles of fundamental justice, and in my opinion, s. 7 of the Charter has not been offended.

It follows that I would respectfully reject the finding of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Speid* (1988), 42 C.C.C. (3d) 12, at p. 26, that s. 643(1) of the *Criminal Code* violates ss. 7 and 11(d) of the *Charter* because "the right of an accused to confront the witnesses testifying against him at his trial is an established principle of fundamental justice". In my view, the authorities to which I have referred indicate that the right to confront unavailable witnesses at trial is neither an established nor a basic principle of fundamental

Dans la mesure où l'art. 7 garantit à l'accusé un procès équitable, peut-on affirmer que l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli en application du par. 643(1) est inéquitable envers l'accusé?

- a* En l'absence de circonstances qui auraient éliminé ou diminué, pour l'accusé, l'occasion de contre-interroger au moment où le témoignage antérieur a été donné, je ne le pense pas. Sur ce point, je suis d'avis, avec égards, d'adopter l'affirmation suivante du juge Vancise de la Cour d'appel de la Saskatchewan, dans l'arrêt *R. v. Rogers* (1987), 35 C.C.C. (3d) 50, aux pp. 60 et 61:
- b* [TRADUCTION] Cette procédure porte-t-elle atteinte aux principes et préceptes fondamentaux sur lesquels sont fondés les principes de justice fondamentale? En d'autres termes, ces garanties procédurales sont-elles suffisantes pour assurer que l'audition du témoignage est conforme aux principes de justice fondamentale qui sont fondés sur la foi «en la dignité et la valeur de la personne humaine et sur la primauté du droit»? À mon avis, elles le sont. Les conditions dans lesquelles le témoignage est donné, y compris la solennité de l'occasion, sont telles qu'elles garantissent sa fiabilité et protègent les droits d'un accusé. La déposition est faite en audience publique, en présence de l'accusé, sous serment ou affirmation solennelle, et la personne contre qui on tente d'introduire cette déposition a l'occasion raisonnable de contre-interroger. Le témoignage est attesté quant à son exactitude par le juge devant qui il a été donné. Il ne s'agit pas d'un moyen d'introduire une preuve qui n'est pas admissible mais d'une procédure qui permet d'utiliser un témoignage qui autrement serait perdu. Son utilisation ou son admissibilité est prévue d'une façon qui est conforme à la protection complète des droits d'un accusé. Ces garanties, jointes aux circonstances restreintes dans lesquelles on peut recourir à la procédure, justifient son admission en preuve. La procédure est conforme aux principes de justice fondamentale et, à mon avis, l'art. 7 de la Charte n'a pas été violé.

- c* Avec égards, je suis donc d'avis de rejeter la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Speid* (1988), 42 C.C.C. (3d) 12, à la p. 26, selon laquelle le par. 643(1) du *Code criminel* viole l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* parce que [TRADUCTION] «le droit d'un accusé de confronter les témoins à charge à son procès est un principe reconnu de justice fondamentale». À mon avis, les sources que j'ai mentionnées montrent que le droit de confronter des témoins qui ne seront pas présents au procès n'est pas un principe reconnu ou

justice. I note, however, in passing that s. 643(1) was found in *Speid, supra*, at p. 26, to be justified under s. 1 of the *Charter* in part because its operation was not unfair to the accused:

The provision that the evidence of the witness must have been taken in the presence of the accused and that there has been a full opportunity to cross-examine that witness goes far to establish the reliability of the testimony and provides adequate safeguards for the accused. Further, the Crown must establish that the witness is dead, has since become and remains insane, is so ill that he is unable to travel or testify, or, lastly, that he is absent from Canada. Those safeguards are, I think, sufficient to warrant the admission of the transcript of the evidence. It is true that the trier of fact is thus deprived of observing the demeanour of the witness and the manner in which he gives his testimony. None the less, the accused's ability to confront and cross-examine the witness on earlier occasions establishes the requisite strong *indicia* of reliability which makes the transcript properly admissible.

See also in this regard *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289 (Ont. C.A.), at pp. 296-98, for the finding by a differently constituted panel of the Ontario Court of Appeal that "it is clear that s. 643 is not unconstitutional because of s. 7 of the Charter".

What rights then does an accused have under s. 7 of the *Charter* with respect to the admission of previous testimony? It is, in my view, basic to our system of justice that the accused have had a full opportunity to cross-examine the witness when the previous testimony was taken if a transcript of such testimony is to be introduced as evidence in a criminal trial for the purpose of convicting the accused. This is in accord with the traditional view that it is the opportunity to cross-examine and not the fact of cross-examination which is crucial if the accused is to be treated fairly. As Professor Delisle has noted: Annotation (1986), 50 C.R. (3d) 195, at p. 196:

If the opposing party has had an opportunity to fully cross-examine he ought not to be justified in any later complaint if he did not fully exercise that right.

essentiel de justice fondamentale. Je souligne cependant au passage qu'il a été jugé dans l'arrêt *Speid*, précité, à la p. 26, que le par. 643(1) était justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*,

a en partie parce que son application n'était pas inéquitable envers l'accusé:

[TRADUCTION] L'exigence que la déposition du témoin ait été faite en présence de l'accusé et que celui-ci ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin contribue de façon importante à établir la fiabilité du témoignage et fournit des garanties suffisantes à l'accusé. De plus, le ministère public doit établir que le témoin est décédé, ou qu'il est devenu aliéné et est aliéné, ou qu'il est trop malade pour voyager ou pour témoigner ou, enfin, qu'il est absent du Canada. J'estime que ces garanties sont suffisantes pour justifier l'utilisation de la transcription du témoignage. Il est vrai que le juge des faits ne peut alors observer le comportement du témoin ni sa façon de témoigner. Néanmoins, la possibilité qu'a eue l'accusé de confronter et de contre-interroger le témoin en des occasions antérieures établit l'élément important requis de fiabilité qui rend la transcription admissible à bon droit.

e À cet égard, voir également l'arrêt *R. v. Davidson* (1988), 42 C.C.C. (3d) 289 (C.A. Ont.), aux pp. 296 à 298, où une formation différente de la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu' [TRADUCTION] «il est clair que l'art. 643 n'est pas inconstitutionnel en raison de l'art. 7 de la Charte».

g Quels sont alors les droits que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé quant à l'utilisation d'un témoignage antérieur? À mon avis, il est essentiel à notre système de justice que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin au moment de la déposition antérieure, si la transcription doit être produite comme preuve à charge dans un procès criminel. Cela est conforme au point de vue traditionnel selon lequel c'est l'occasion de contre-interroger, et non le contre-interrogatoire lui-même, qui est cruciale si on veut traiter l'accusé de façon équitable. Comme l'a souligné le professeur Delisle: Annotation (1986), 50 C.R. (3d) 195, à la p. 196:

[TRADUCTION] Si la partie adverse a eu l'occasion voulue de contre-interroger, elle ne peut être admise à se plaindre ultérieurement si elle n'a pas pleinement exercé ce droit.

I would respectfully adopt the following observations of Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal in *Davidson, supra*, at pp. 298-99:

An accused is not necessarily deprived of his or her constitutional right to a fair trial, where the evidence taken at a preliminary hearing from a crucial witness who has since died is read as evidence at the trial. However, if in a particular case, an accused proves that he or she did not have "full opportunity" to cross-examine the witness at the preliminary hearing because, for example, he or she was deprived of the right to counsel or because of improper restrictions by the court on the cross-examination by counsel, then the conditions of s. 643 have not been met, and the evidence taken at the preliminary hearing is not admissible under the section. Furthermore, the accused's constitutional right to a fair trial guaranteed by s. 11(d) of the Charter would also require the exclusion of evidence where the accused did not have full opportunity to cross-examine the witness at the preliminary hearing.

I would respectfully agree with Martin J.A. that the accused would have a constitutional right to have the evidence of prior testimony obtained in the absence of a full opportunity to cross-examine the witness excluded. When the evidence is sought to be introduced in order to obtain a criminal conviction which could result in imprisonment, the accused is threatened with a deprivation of his or her liberty and security of the person and this can only be done in accordance with the principles of fundamental justice. It is, as I have said, a principle of fundamental justice that the accused have had a full opportunity to cross-examine the adverse witness.

I would add that the new constitutional dimension of this matter under the *Charter* casts doubt on the continued validity of pre-*Charter* decisions which did not construe the right to full opportunity to cross-examine in the broad and generous manner befitting its constitutional status. For examples of a restrictive approach to the content of this right see *Rose v. The King* (1946), 88 C.C.C. 114 (Que. K.B.), at pp. 124-25, 153-54, and 178-79; *Lambert v. The Queen* (1974), 28 C.R.N.S. 238 (Que. C.A.) at pp. 244-45; *R. v. Devlin* (1976), 32 C.C.C. (2d) 334 (N.B.S.C. App. Div.), at p. 338.

Avec égards, je suis d'avis d'adopter les remarques suivantes du juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Davidson*, précité, aux pp. 298 et 299:

- a [TRADUCTION] Un accusé n'est pas nécessairement privé de son droit constitutionnel à un procès équitable lorsque la déposition faite à une enquête préliminaire par un témoin essentiel, décédé depuis, est lue à titre de preuve au procès. Cependant, si dans un cas particulier un accusé établit qu'il n'a pas eu «l'occasion voulue» de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire parce que, par exemple, il a été privé du droit à l'assistance d'un avocat ou parce que la cour a imposé des restrictions injustifiées au contre-interrogatoire de l'avocat, les conditions de l'art. 643 n'ont pas été respectées et le témoignage reçu à l'enquête préliminaire n'est pas admissible en vertu de l'article. De plus, le droit constitutionnel d'un accusé à un procès équitable garanti par l'al. 11d) de la Charte exigerait également que le témoignage soit écarté lorsque l'accusé n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire.

Avec égards, je partage l'avis du juge Martin que l'accusé aurait un droit constitutionnel à ce que soit écartée la preuve d'un témoignage antérieur obtenu sans l'occasion voulue de contre-interroger le témoin. Lorsqu'on veut introduire la preuve en vue d'obtenir, à l'égard d'une infraction criminelle, une déclaration de culpabilité qui pourrait entraîner une peine d'emprisonnement, l'accusé est menacé d'être privé de sa liberté et de la sécurité de sa personne, ce qui ne peut être fait qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Comme je l'ai dit, c'est un principe de justice fondamentale que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à charge.

J'ajouterais que la nouvelle dimension constitutionnelle de cette question, en application de la *Charter*, jette un doute sur la validité actuelle de décisions antérieures à la *Charter* qui n'interprétaient pas le droit d'avoir l'occasion voulue de contre-interroger dans le sens large et généreux que lui mérite son statut constitutionnel. Pour des exemples d'une interprétation restrictive du contenu de ce droit, voir les arrêts *Rose v. The King* (1946), 88 C.C.C. 114 (B.R. Qué.), aux pp. 124 et 125, 153 et 154, et 178 et 179; *Lambert v. The Queen* (1974), 28 C.R.N.S. 238 (C.A. Qué.), aux pp. 244 et 245; *R. v. Devlin* (1976), 32 C.C.C. (2d) 334 (C.S.N.-B. Div. app.), à la p. 338.

The appellant submits that the provision of a full opportunity to cross-examine at the preliminary inquiry does not necessarily ensure fairness. More specifically, he argues that 1) the trier of fact is deprived of the ability to assess the credibility of the witness through observing his or her demeanour; 2) when the evidence is taken at a preliminary inquiry the credibility of that evidence is not in issue; and 3) the accused at the preliminary inquiry may have strategic reasons for not testing the credibility, or even conducting any cross-examination, of a witness. Despite the fact that these observations may be sound and could operate to the detriment of the accused, I do not think they are of such magnitude and effect as to deprive the accused of the basics of a fair trial. I say this for the following reasons.

I note that although it is possible that an accused might suffer a detriment because of the trier of fact's inability to assess the credibility of a witness on a face to face basis, it is also true that this feature of s. 643(1) could work to an accused's benefit. In any event, because s. 643(1) can only be invoked when its stringent pre-requisites are met by the party seeking to introduce the previous testimony, it is not a provision that the Crown can use at will to its advantage or as a device to protect Crown witnesses who may not prove to be credible before the trier of fact.

Although it is true that credibility is not specifically an issue to be determined at a preliminary inquiry (see *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, *per* Ritchie J., at pp. 1080 and 1084; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, *per* McIntyre J., at pp. 836-37), this does not mean that an accused is taken unawares or unfairly surprised by the admission of testimony taken at a preliminary inquiry if a witness subsequently becomes unavailable. If a judge presiding at a preliminary inquiry seeks to curtail cross-examination designed to test a witness's credibility and that witness's testimony is subsequently admitted at trial under s. 643(1), this may very well constitute an infringement of the accused's

L'appelant prétend qu'accorder l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à l'enquête préliminaire ne garantit pas nécessairement l'équité du procès. Il soutient notamment 1) que le juge des faits est privé de la possibilité d'évaluer la crédibilité du témoin par l'observation de son comportement; 2) que lorsque la déposition est faite à l'enquête préliminaire, sa crédibilité n'est pas en cause; et 3) que l'accusé peut avoir, à l'enquête préliminaire, des raisons stratégiques pour ne pas mettre à l'épreuve la crédibilité du témoin ou même pour ne pas le contre-interroger. Même si ces observations ont du mérite et pourraient avoir des conséquences préjudiciables pour l'accusé, je ne crois pas qu'elles soient d'une importance et d'un effet tels qu'elles privent l'accusé des éléments fondamentaux d'un procès équitable. Les raisons, à mon avis, en sont les suivantes.

Je signale que, même s'il se peut qu'un accusé subisse un préjudice parce que le juge des faits ne peut évaluer la crédibilité d'un témoin par l'observation directe, il est tout aussi vrai que cet aspect du par. 643(1) peut jouer en faveur de l'accusé. Quoi qu'il en soit, puisque le par. 643(1) ne peut être invoqué que lorsque des conditions préalables strictes sont remplies par la partie qui veut produire en preuve le témoignage antérieur, ce n'est pas une disposition que le ministère public peut utiliser à volonté à son avantage ou comme un moyen de protéger des témoins à charge qui pourraient se révéler non crédibles devant le juge des faits.

S'il est vrai que la crédibilité n'est pas spécifiquement un point à déterminer à l'enquête préliminaire (voir *United States of America c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, le juge Ritchie, aux pp. 1080 et 1084; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, le juge McIntyre, aux pp. 836 et 837), cela ne signifie pas pour autant que l'accusé est pris au dépourvu ou injustement surpris par l'utilisation de la déposition faite à l'enquête préliminaire s'il advient ensuite que le témoin ne peut plus être présent. Si le juge qui préside une enquête préliminaire tente de restreindre le contre-interrogatoire conçu pour évaluer la crédibilité d'un témoin, et que la déposition de ce témoin est ensuite admise au procès, en vertu du par. 643(1), il se peut qu'il

right under s. 7 of the *Charter* to have had a full opportunity to cross-examine the witness.

As for the detriment an accused might suffer from the tactical decision of his or her counsel not to press certain issues at the preliminary inquiry with a witness who may subsequently become unavailable at the trial, I am in complete agreement with the observation of Martin J.A. in *Davidson, supra*, at p. 298:

In my view, an accused is not deprived of "full opportunity" to cross-examine a witness at the preliminary hearing merely because his counsel, for tactical reasons, has conducted the cross-examination of a witness differently than he would have conducted the cross-examination at the trial, provided that there has been no improper restriction of the cross-examination by the provincial judge holding the preliminary hearing.

In short, I find that s. 643(1) of the *Criminal Code*, in so far as it allows evidence given at a preliminary inquiry to be admitted at a criminal trial when a witness is unavailable or unwilling to testify, does not infringe s. 7 of the *Charter* because it provides that the evidence will only be admitted if the accused has had a full opportunity to cross-examine the witness at the time the evidence was given.

(2) Section 11(d)

With respect to the appellant's submission that he was deprived of a fair trial under s. 11(d) of the *Charter*, I would conclude, for the reasons given above in reviewing his s. 7 claim, that this claim must also fail if his constitutional right to have had a full opportunity to cross-examine the witness on the earlier occasion was respected. However, a further question arises under s. 11(d) of the *Charter*. Is the presumption of innocence protected under s. 11(d) violated by the fact that under s. 643(1) of the *Criminal Code* the accused, and not the Crown, bears the burden of proving that he or she did not have a full opportunity to cross-examine the witness at the time the evidence was given?

What the accused must prove under the terms of s. 643(1) of the *Criminal Code* is that his rights

y ait alors violation du droit de l'accusé, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, d'avoir l'occasion voulue de contre-interroger le témoin.

a Quant au préjudice que pourrait subir un accusé par suite d'une décision tactique de son avocat de ne pas insister sur certaines questions à l'enquête préliminaire à l'égard d'un témoin qui pourrait ultérieurement ne pas être présent au procès, je b suis entièrement d'accord avec la remarque du juge Martin dans l'arrêt *Davidson*, précité, à la p. 298:

[TRADUCTION] À mon avis, un accusé n'est pas privé de «l'occasion voulue» de contre-interroger un témoin à l'enquête préliminaire simplement parce que son avocat, pour des raisons de tactique, a mené un contre-interrogatoire différent de ce qu'il aurait fait au procès, pourvu que le juge provincial devant qui l'enquête préliminaire se tient n'ait pas imposé de restrictions injustifiées au contre-interrogatoire.

Bref, je suis d'avis que le par. 643(1) du *Code criminel*, dans la mesure où il permet l'utilisation au procès criminel d'une déposition faite à l'enquête préliminaire, lorsqu'un témoin ne peut ou ne veut pas témoigner, ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il prévoit que la preuve ne sera utilisée que si l'accusé a eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin au moment de sa déposition.

(2) L'alinéa 11d)

Quant à la prétention de l'appelant qu'il a été g privé d'un procès équitable selon l'al. 11d) de la Charte, je suis d'avis de conclure, pour les raisons déjà mentionnées dans l'étude de la prétention fondée sur l'art. 7, qu'elle doit également être h rejetée si son droit constitutionnel d'avoir eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin a été respecté. Cependant l'al. 11d) de la Charte soulève une autre question. La présomption d'innocence que protège l'al. 11d) est-elle violée parce qu'en i vertu du par. 643(1) du *Code criminel*, il incombe à l'accusé, et non au ministère public, d'établir qu'il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin à l'époque où la déposition a été faite?

j Aux termes du par. 643(1) du *Code criminel*, l'accusé doit établir que ses droits ont été violés en

were infringed through the admission of evidence on which he had not had a full opportunity to cross-examine. This is, in my view, quite different from legislation which requires an accused to disprove an essential element of an offence (see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103) or an element substituted for an essential element of an offence (see *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636). It is also quite different, it seems to me, from legislation which specifies that, in the absence of proof by the accused of some fact on the balance of probabilities, there will be a conviction (see *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3). Absent exceptional circumstances not present here it seems to me perfectly reasonable to expect an accused to be able to prove whether or not he or she was deprived of a full opportunity to cross-examine the witness. Only the accused, after all, (or his or her counsel) knows what was comprised in that "full opportunity" and the extent to which, if at all, it was denied or restricted. A denial or restriction can only have taken place if the intention or desire to pursue certain questions was present and was frustrated.

(b) *Section 643(1): Is There a Discretion?*

The Court of Appeal held that s. 643(1) of the *Criminal Code* did not confer any discretion on the trial judge whether or not to admit the previous testimony once the conditions set out in the section had been met. McCarthy J.A. stated that [TRANSLATION] "The word 'may' in s. 643 confers a right on the parties, it does not give the judge a discretion" (p. 84). In reaching this conclusion he was in agreement with the decisions reached by most, although not all, of the Courts of Appeal which have considered the point: see *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82 (Ont. C.A.); *R. v. Cole* (1980), 53 C.C.C. (2d) 269 (Ont. C.A.); *R. v. Oda* (1980), 54 C.C.C. (2d) 466 (B.C.C.A.); *R. v. Kaddoura* (1987), 56 Alta. L.R. 126 (C.A.). For the opposing view see *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (Man. C.A.), aff'd (1966), 50 C.R. 76 (S.C.C.); *R. v. Sophonow No. 2* (1987), 25 C.C.C. (3d) 415 (Man. C.A.).

It is my view that the word "may" in s. 643(1) is directed not to the parties but to the trial judge. I

raison de l'utilisation d'une déposition au sujet de laquelle il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin. À mon avis, cela est très différent d'une disposition qui exige d'un accusé qu'il réfute un élément essentiel de l'infraction (voir l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103) ou un élément substitué à un élément essentiel d'une infraction (voir l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636). Il me semble que cela est aussi très différent d'une disposition qui prévoit expressément que, si l'accusé ne prouve pas un certain fait selon la prépondérance des probabilités, il y aura déclaration de culpabilité (voir l'arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3). En l'absence de circonstances exceptionnelles qui n'existent pas en l'espèce, il me semble tout à fait raisonnable d'attendre d'un accusé qu'il prouve qu'il a été ou non privé de l'occasion voulue de contre-interroger le témoin.

Après tout, seul l'accusé (ou son avocat) sait ce que représentait «l'occasion voulue» et dans quelle mesure cette occasion a été refusée ou restreinte. Il ne peut y avoir eu refus ou restriction que si l'on voulait ou souhaitait insister sur certaines questions et que l'on en a été empêché.

b) *Le paragraphe 643(1): y a-t-il un pouvoir discrétionnaire?*

La Cour d'appel a conclu que le par. 643(1) du *Code criminel* ne confère pas au juge du procès un pouvoir discrétionnaire d'utiliser ou d'écartier le témoignage antérieur lorsque les conditions prévues dans l'article sont réunies. Le juge McCarthy a affirmé que «Le mot 'peut' dans l'article 643 accorde un droit aux parties, non pas une discrédition au juge» (p. 84). Cette conclusion, était conforme à celle de la plupart mais pas de la totalité des cours d'appel qui ont examiné la question: voir *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82 (C.A. Ont.); *R. v. Cole* (1980), 53 C.C.C. (2d) 269 (C.A. Ont.); *R. v. Oda* (1980), 54 C.C.C. (2d) 466 (C.A.C.-B.); *R. v. Kaddoura* (1987), 56 Alta. L.R. 126 (C.A.). Pour l'opinion contraire voir *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (C.A. Man.), conf. (1966), 50 C.R. 76 (S.C.C.); *R. v. Sophonow No. 2* (1987), 25 C.C.C. (3d) 415 (C.A. Man.).

j Je suis d'avis que «peut» au par. 643(1) s'adresse non pas aux parties mais au juge du procès. Je

believe it confers on him or her a discretion not to allow the previous testimony to be admitted in circumstances where its admission would operate unfairly to the accused. I hasten to add, however, that such circumstances will be relatively rare and that the discretion to prevent unfairness is not a blanket authority to undermine the object of s. 643(1) by excluding evidence of previous testimony as a matter of course.

It was not until the 1955 revisions of the *Criminal Code* that the word "may" was inserted into the predecessor of s. 643(1); see S.C. 1953-54, c. 51, s. 619. Prior to that the provision stated that once the enumerated conditions for admission of previous evidence had been met, the evidence "shall be read as evidence in the prosecution". For example, in the 1927 revisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 999, the predecessor of the present s. 643(1), provided as follows:

999. If upon the trial of an accused person such facts are proved upon oath or affirmation that it can be reasonably inferred therefrom that any person, whose evidence was given at any former trial upon the same charge, or whose deposition has been theretofore taken in the investigation of the charge against such accused person, is dead, or so ill as not to be able to travel, or is absent from Canada, or if such person refuses to be sworn or to give evidence, and if it is proved that such evidence was given or such deposition was taken in the presence of the person accused, and that he or his counsel or solicitor if present had a full opportunity of cross-examining the witness, then if the evidence or deposition purports to be signed by the judge or justice before whom the same purports to have been taken, it shall be read as evidence in the prosecution, without further proof thereof, unless it is proved that such evidence or deposition was not in fact signed by the judge or justice purporting to have signed the same.

After the 1955 revisions s. 619 read:

619. (1) Where, at the trial of an accused, a person whose evidence was given at a previous trial upon the same charge, or whose evidence was taken in the investigation of the charge against the accused or upon the preliminary inquiry into the charge, refuses to be sworn or to give evidence, or if facts are proved upon oath from which it can be inferred reasonably that the person

pense que ce terme lui confère le pouvoir discrétionnaire d'écartier le témoignage antérieur dans des circonstances où son utilisation aurait un effet inéquitable envers l'accusé. Je m'empresse cependant d'ajouter que ces circonstances seront relativement rares et que le pouvoir discrétionnaire de prévenir l'inéquité n'est pas un pouvoir général de contrecarrer l'objet du par. 643(1) en écartant automatiquement la preuve du témoignage antérieur.

Ce n'est pas avant la révision du *Code criminel* en 1955 que le mot «peut» a été inséré dans l'article qui a précédé le par. 643(1); voir S.C. 1953-54, chap. 51, art. 619. Avant cela, la disposition prévoyait qu'une fois remplies les conditions d'admission de la déposition antérieure, la déposition était «due comme témoignage dans la poursuite». Par exemple, dans la révision de 1927 du *Code criminel*, S.R.C. 1927, chap. 36, art. 999, la disposition qui précédait l'actuel par. 643(1) disait:

999. Si, au procès d'un prévenu, preuve est apportée sous serment ou affirmation, de faits tels, que l'on puisse raisonnablement en inférer qu'une personne dont la déposition a été faite à quelque procès antérieur sur la même accusation ou dont la déposition a déjà été reçue à l'enquête sur l'accusation portée contre lui, est décédée, ou est malade au point de ne pouvoir voyager, ou est absente du Canada, ou si cette personne refuse de prêter serment ou de rendre témoignage, et s'il est prouvé que cette déposition a été faite ou reçue en présence du prévenu, et que ce dernier ou son conseil ou solliciteur, s'il était présent, a eu pleine liberté de contre-interroger le témoin, en ce cas, s'il appert que la déposition a été signée par le juge ou par le juge de paix devant qui elle paraît avoir été reçue, elle est lue comme témoignage dans la poursuite, sans autre preuve de son authenticité, à moins qu'il ne soit établi que cette déposition n'a pas, de fait, été signée par le juge ou par le juge de paix qui paraît l'avoir signée.

Après la révision de 1955, l'art. 619 disait:

619. (1) Lorsque, au procès d'un accusé, une personne qui a rendu témoignage au cours d'un procès antérieur sur la même inculpation ou qui a rendu témoignage au cours d'un examen de l'inculpation contre l'accusé ou lors de l'enquête préliminaire sur l'inculpation, refuse de prêter serment ou de rendre témoignage, ou si des faits sont établis sous serment dont il est raisonnablement permis de conclure que la personne

(a) is dead,

a) est décédée,

- (b) has since become and is insane,
- (c) is so ill that he is unable to travel, or
- (d) is absent from Canada,

and where it is proved that his evidence was taken in the presence of the accused, it may be read as evidence in the proceedings without further proof, if the evidence purports to be signed by the judge or justice before whom it purports to have been taken, unless the accused proves that it was not in fact signed by that judge or justice or that he did not have full opportunity to cross-examine the witness.

(2) Evidence that has been taken on the preliminary inquiry or other investigation of a charge against an accused may be read as evidence in the prosecution of the accused for any other offence upon the same proof and in the same manner in all respects, as it might, according to law, be read in the prosecution of the offence with which the accused was charged when the evidence was taken.

The use of the imperative "shall" in the original version of s. 643(1) and the substitution since 1955 of the permissive "may" suggests to me that the Court of Appeal is wrong in thinking that the word "may" connotes a right in the parties to read the previous testimony into evidence at the trial. Neither the literal meaning of the word nor the purposive context in which it appears supports such an interpretation. I think the presumption must be that Parliament intended by its amendment to the section to bring about some change in the manner of its application. The word "may" is commonly used to denote a discretion while the word "shall" is used to denote an obligation. For example, it is in this sense that the word "shall" in s. 24(2) of the *Charter* (see *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at pp. 646-48) and the word "may" in s. 12 of the *Canada Evidence Act* (see *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670) have been interpreted by this Court. After the insertion of the word "may" in the section trial judges, correctly in my view, interpreted the section as giving them a discretion not to admit previous testimony even although the other requirements of the section had been met: see *R. v. Romanick* (1959), 2 Crim. L.Q. 471 (Ont. Co. Ct.); *R. v. Bannerman*, *supra*; *R. v. Waucash* (1966), 1 C.R.N.S. 262 (Ont. S.C.); *R. v. Moore* (1973), 17 C.C.C. (2d) 348 (Ont. H.C.). See also C. Speyer, "The discretion vested in the

- b) est depuis devenue aliénée et est aliénée,
- c) est trop malade pour voyager, ou
- d) est absente du Canada,

et s'il est établi que son témoignage a été reçu en ^a présence de l'accusé, ce témoignage peut être lu à titre de preuve dans les procédures sans autre preuve, si le témoignage est donné comme ayant été signé par le juge ou le juge de paix devant qui il est censé avoir été recueilli, à moins que l'accusé n'établisse que le témoignage n'a pas été effectivement signé par ledit juge ou juge de paix ou qu'il n'a pas eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin.

(2) Les dépositions prises lors de l'enquête préliminaire ou autre examen portant sur une inculpation d'accusé, peuvent être lues à titre de preuve lors de la poursuite de l'accusé pour toute autre infraction, sur la même preuve et de la même manière, à tous égards, qu'elles pourraient être légalement lues lors de la poursuite de l'infraction dont l'accusé était inculpé lorsque ^b ces dépositions ont été prises.

L'emploi de l'indicatif présent qui exprime l'obligation («est lire»), dans la formulation initiale du par. 643(1), et l'addition en 1955 du verbe ^c «peut» exprimant la faculté («peut être lu»), me permettent de penser que la Cour d'appel fait erreur si elle croit que le mot «peut» indique un droit accordé aux parties de lire en preuve le témoignage antérieur. Ni le sens littéral du terme ni l'objet de la disposition dans laquelle il se trouve ne justifient cette interprétation. Je pense qu'il faut présumer que le Parlement en modifiant l'article avait l'intention d'apporter des changements à son mode d'application. Le verbe «pouvoir» est couramment employé pour exprimer un pouvoir discrétionnaire tandis que l'indicatif présent est utilisé pour exprimer une obligation. Par exemple, c'est ainsi que cette Cour a interprété l'expression ^d «sont écartés» du par. 24(2) de la *Charte* (voir *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, aux pp. 646 à 648) et le terme «peut» de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* (voir *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670). Après l'insertion du verbe «peut» dans l'article, les juges des procès ont, à mon avis, correctement interprété l'article comme leur donnant le pouvoir discrétionnaire de ne pas utiliser le témoignage antérieur même si les autres conditions de l'article étaient remplies: voir *R. v. Romanick* (1959), 2 Crim. L.Q. 471 (C. cté Ont.); *R. v. Bannerman*, précité; *R. v. Waucash* (1966), 1

Court to admit or to exclude as evidence at trial depositions of witnesses taken at a preliminary inquiry pursuant to s. 619 of the Criminal Code" (1967), 1 C.R.N.S. 267, for a discussion of this discretion.

I believe that the preferable interpretation of s. 643(1) is that the word "may" is addressed to the trial judge and confers on him or her a statutory discretion to prevent any unfairness that could otherwise result from a purely mechanical application of the section. Whatever may have been the situation prior to the 1955 revisions, whether the use of "shall" contemplated an absolute right in the party who invoked the section and met its requirements to have the prior testimony admitted or not, I do not believe that it makes any sense to construe the substituted "may" as conferring a discretion on the parties. The discretion which the parties have is whether to invoke the section or not. Once a party invokes it and meets its terms it is for the judge to decide whether the prior testimony should be admitted at the trial. This interpretation makes sense in the context of the purpose of the provision and avoids the dangers of "an inflexible rule" referred to by Wigmore in *Evidence*, op. cit., § 1371:

But, though this doctrine is a practically inevitable corollary of the general principle, it is worthwhile to note the possible consequences of its looseness, as warnings against an inconsistent strictness shown in other applications of the general principle. For on the one hand, testimony already subjected to a cross-examination, however thorough, by a former party not in privity with the present opponent is excluded (§ 1388 *infra*); while, by the present doctrine, testimony never actually tested at all, in consequence of the carelessness, fraud, or incompetence of counsel, or of a privy in interest, is admitted, if merely the opportunity so to test it had existed. On the whole, both err in attempting to create an inflexible rule. No doubt, usually a mere opportunity to cross-examine can be trusted as a sufficient safeguard; and no doubt, usually only a privy in interest would apply a sufficient cross-examination. But room should be allowed for the exceptional instances which

C.R.N.S. 262 (C.S. Ont.); *R. v. Moore* (1973), 17 C.C.C. (2d) 348 (H.C. Ont.) Voir également C. Speyer, «The discretion vested in the Court to admit or to exclude as evidence at trial depositions of witnesses taken at a preliminary inquiry pursuant to s. 619 of the Criminal Code» (1967), 1 C.R.N.S. 267, pour une analyse de ce pouvoir discrétionnaire.

^b J'estime que l'interprétation préférable du par. 643(1) est de dire que le verbe «peut» s'adresse au juge du procès et lui confère un pouvoir discrétionnaire de prévenir toute inéquité qui pourrait autrement résulter d'une application purement automatique de cet article. Peu importe la situation qui existait avant la révision de 1955, que l'expression «est lue» conférât ou non à la partie qui invoquait l'article et remplissait ses exigences, un droit ^c absolu de produire le témoignage antérieur, je ne crois pas qu'il soit logique d'interpréter l'expression «peut être lu», qui l'a remplacée, comme conférant un pouvoir discrétionnaire aux parties. Le pouvoir discrétionnaire dont les parties disposent ^d est celui d'invoquer ou non l'article. Lorsqu'une partie invoque cet article et se conforme à ses conditions, il appartient au juge de décider si le témoignage antérieur devrait être utilisé au procès. Cette interprétation est logique, compte tenu de ^e l'objet de la disposition, et évite le danger que comporterait la «règle rigide» que mentionne Wigmore dans son ouvrage *Evidence*, op. cit., au § 1371:

^g [TRADUCTION] Mais bien que cette théorie soit une conséquence presque inévitable du principe général, il vaut la peine d'examiner les conséquences possibles de son imprécision, comme avertissements contre une rigidité incompatible établie dans d'autres applications du ^h principe général. Car, d'une part, le témoignage qui a déjà fait l'objet d'un contre-interrogatoire, aussi approfondi soit-il, par une partie qui n'est plus partie au litige et qui n'a pas de lien avec la partie adverse actuelle est écarté (§ 1388 *infra*); alors que d'autre part, selon cette théorie, le témoignage qui n'a jamais fait l'objet d'un contre-interrogatoire par suite de la négligence, de la fraude ou de l'incompétence de l'avocat ou d'une partie intéressée est admis, si la simple occasion de le mettre à l'épreuve a pu exister. Globalement, les deux propositions pèchent en tentant de créer une règle rigide. Nul doute qu'habituellement l'existence d'une simple occasion de contre-interroger peut-être considérée comme

will certainly occur. The trial court should have a discretion.

une garantie suffisante; et nul doute qu'habituellement seule une partie intéressée ferait un contre-interrogatoire suffisant. Mais il faut laisser une certaine latitude pour les cas exceptionnels qui vont certainement se présenter. Le tribunal de première instance devrait avoir un pouvoir discrétionnaire.

What then is the nature and purpose of the discretion conferred in s. 643(1) which enables the trial judge not to allow the evidence in at trial even in cases in which the requirements of the section have been met? In my view there are two main types of mischief at which the discretion might be aimed. First, the discretion could be aimed at situations in which there has been unfairness in the manner in which the evidence was obtained. Although Parliament has set out in the section specific conditions as to how the previous testimony has to have been obtained if it is to be admitted under s. 643(1) (the most important, of course, being that the accused was afforded full opportunity to cross-examine the witness), Parliament could have intended the judge to have a discretion in those rare cases in which compliance with the requirements of s. 643(1) gave no guarantee that the evidence was obtained in a manner fair to the accused. This would, of course, represent a departure from the traditional common law approach that the manner in which evidence is obtained, with a few well-established exceptions such as the confessions rule, is not relevant to the question of its admissibility but it would be consistent with the contemporary approach to the expanded requirements of adjudicative fairness. An example of unfairness in obtaining the testimony might be a case in which, although the witness was temporarily absent from Canada, the Crown could have obtained the witness's attendance at trial with a minimal degree of effort. Another example might be a case in which the Crown was aware at the time the evidence was initially taken that the witness would not be available to testify at the trial but did not inform the accused of this fact so that he could make best use of the opportunity to cross-examine the witness at the earlier proceeding. These kinds of circumstances related to the obtaining of the evidence on the earlier occasion might have been in the mind of the legislator as

Quels sont alors la nature et l'objet du pouvoir discrétionnaire que confère le par. 643(1) au juge du procès d'écartier la preuve au procès même dans les cas où les conditions de l'article ont été remplies? À mon avis, il y a deux types principaux de situations irrégulières que pourrait viser le pouvoir discrétionnaire. Premièrement, le pouvoir discrétionnaire pourrait viser à remédier aux cas d'inéquité dans la façon d'obtenir la preuve. Bien que le Parlement ait prévu les conditions précises quant à la façon dont le témoignage antérieur doit avoir été obtenu pour être admis en vertu du par. 643(1) (la plus importante étant évidemment que l'accusé ait eu l'occasion voulue de contre-interroger le témoin), le Parlement a pu avoir l'intention de conférer au juge un pouvoir discrétionnaire dans les rares cas où le respect des conditions du par. 643(1) ne garantit aucunement que la preuve a été obtenue d'une manière équitable envers l'accusé. Ce serait évidemment s'éloigner de l'interprétation traditionnelle de *common law* selon laquelle la façon dont la preuve est obtenue, sous réserve de quelques exceptions bien établies comme la règle de l'aveu, n'est pas pertinente relativement à la question de son admissibilité, mais ce serait par ailleurs se conformer à l'interprétation contemporaine des exigences accrues en matière d'équité dans le processus décisionnel. Un exemple d'inéquité dans l'obtention du témoignage pourrait être le cas où, bien que le témoin ait été temporairement à l'extérieur du Canada, le ministère public aurait pu s'assurer de sa présence au procès en fournissant un minimum d'efforts. Un autre exemple pourrait être celui où le ministère public savait à l'époque où le témoignage a été reçu que le témoin ne pourrait témoigner au procès mais n'en a pas informé l'accusé qui aurait pu tirer alors meilleur profit de l'occasion de contre-interroger le témoin. Le législateur a pu avoir à l'esprit ce genre de circonstances reliées à l'obtention de la preuve au cours de l'étape antérieure pour justifier l'exer-

triggering the judge's discretion with respect to its admission at the trial.

A different concern at which the discretion might have been aimed is the effect of the admission of the previously taken evidence on the fairness of the trial itself. This concern flows from the principle of the law of evidence that evidence may be excluded if it is highly prejudicial to the accused and of only modest probative value: see *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (P.C.), at p. 192; *R. v. Wray, supra*, at p. 295; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at p. 201. How the evidence was obtained might be irrelevant under this principle.

In practice the two types of situations at which the discretion may have been aimed are not as distinct as the above analysis might suggest. As has been recognized in the constitutional context of s. 24(2) of the *Charter*, unfairness in the manner in which evidence is obtained can have a significant effect on the fairness of the trial: see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Manninen*, [1987] 1 S.C.R. 1233. In my view, therefore, s. 643(1) of the *Code* should be construed as conferring a discretion on the trial judge broader than the traditional evidentiary principle that evidence should be excluded if its prejudicial effect exceeds its probative value. I would respectfully differ in this regard from Martin J.A. who, while not interpreting s. 643(1) as conferring a discretion on the judge, nevertheless held that the operation of the section was subject "to the limited discretion recognized in *The Queen v. Wray*": see *Tretter*, at p. 89.

In my view, once it is accepted that s. 643(1) gives the trial judge a statutory discretion to depart from the purely mechanical application of the section, the discretion should be construed as sufficiently broad to deal with both kinds of situations, namely where the testimony was obtained in a manner which was unfair to the accused or where, even although the manner of obtaining the evidence was fair to the accused, its admission at

cice du pouvoir discrétionnaire du juge quant à son utilisation au procès.

Une autre situation que le pouvoir discrétionnaire pouvait viser est l'effet de l'utilisation du témoignage antérieurement recueilli sur l'équité du procès lui-même. Cette préoccupation découle du principe du droit de la preuve suivant lequel les éléments de preuve peuvent être écartés s'ils sont très préjudiciables à l'accusé et ont peu de valeur probante: voir les arrêts *Noor Mohamed v. The King*, [1949] A.C. 182 (C.P.), à la p. 192; *R. c. Wray*, précité, à la p. 295; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, à la p. 201. La façon dont la preuve a été obtenue peut ne pas être pertinente selon ce principe.

En pratique, les deux types de situation que peut viser le pouvoir discrétionnaire ne sont pas aussi différentes que l'analyse précédente pourrait le laisser entendre. Comme on l'a reconnu dans le contexte constitutionnel du par. 24(2) de la *Charte*, l'inéquité dans la façon dont la preuve est obtenue peut avoir un effet important sur l'équité du procès: voir les arrêts *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Manninen*, [1987] 1 R.C.S. 1233. Par conséquent, le par. 643(1) du *Code* devrait, à mon avis, être interprété comme conférant au juge du procès un pouvoir discrétionnaire plus large que le principe traditionnel du droit de la preuve selon lequel les éléments de preuve devraient être écartés si leur effet préjudiciable est supérieur à leur valeur probante. Avec égards, je ne peux partager à ce sujet l'avis du juge Martin qui, bien qu'il n'interprète pas le par. 643(1) comme conférant un pouvoir discrétionnaire au juge, a néanmoins conclu que l'article s'appliquait sous réserve [TRADUCTION] «du pouvoir discrétionnaire limité reconnu dans l'arrêt *La Reine c. Wray*»; voir *Tretter*, à la p. 89.

À mon avis, dès lors que l'on accepte que le par. 643(1) donne au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de s'éloigner de l'application purement mécanique de l'article, il faut donner à ce pouvoir discrétionnaire une interprétation suffisamment large pour couvrir les deux types de situations, c'est-à-dire le cas où le témoignage a été obtenu d'une façon inéquitable envers l'accusé et le cas où, même si la façon de l'obtenir était équitable envers

his or her trial would not be fair to the accused. I would stress that in both situations the discretion should only be exercised after weighing what I have referred to as the "two competing and frequently conflicting concerns" of fair treatment of the accused and society's interest in the admission of probative evidence in order to get at the truth of the matter in issue: see *Clarkson v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 383, at pp. 392-93. Having regard to the reservations that have been expressed over the restrictive formulation of the common law discretion in *Wray, supra* (see *Morris v. The Queen, supra*, at p. 202; *Clarkson v. The Queen*, at pp. 392-93; *R. v. Corbett, supra*, at pp. 738-39), I believe there is no need or justification for importing a similar restriction into the statutorily conferred discretion in s. 643(1). The protection of the accused from unfairness rather than the admission of probative evidence "without too much regard for the fairness of the adjudicative process" (see *Clarkson*, at p. 393) should be the focus of the trial judge's concern.

It will follow that I cannot accept the hard and fast rule approach to this issue taken by the Manitoba Court of Appeal in *Sophonow, supra*. That Court seems to suggest that the very importance of the evidence requires it to be excluded. For example, Huband J.A. states categorically at p. 432 that s. 643(1) "was never intended to apply to a crucial witness whose evidence could work an injustice to the accused if the jury were deprived of seeing his demeanour and his reaction to cross-examination". I believe that this proposition is at odds with the purpose of s. 643(1) in ensuring that evidence, even important and highly probative evidence, is not lost because of the unavailability of a witness at trial. As Vancise J.A. stated in *Rogers, supra*, at p. 63 "There is nothing in the section which restricts the use of the section to evidence which is not crucial to proof of the Crown's case".

In the case at bar I am of the view that the trial judge did not instruct himself properly as to the

l'accusé, son utilisation ne serait pas équitable envers l'accusé. Je souligne que, dans les deux situations, le pouvoir discrétionnaire ne devrait être exercé qu'après avoir soupesé ce que j'ai appelé les «deux préoccupations opposées et souvent incompatibles» du traitement équitable de l'accusé et de l'intérêt de la société dans l'utilisation d'éléments de preuve probants en vue de faire ressortir la vérité dans l'affaire; voir *Clarkson c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 383, aux pp. 392 et 393. En raison des réserves exprimées quant à la formulation restrictive du pouvoir discrétionnaire de *common law* dans l'arrêt *Wray*, précité (voir *Morris c. La Reine*, précité, à la p. 202; *Clarkson c. La Reine*, aux pp. 392 et 393; *R. c. Corbett*, précité, aux pp. 738 et 739), je crois que rien n'exige ni ne justifie l'introduction d'une restriction similaire dans le pouvoir discrétionnaire que confère le par. 643(1). Le juge du procès devrait plus se préoccuper de protéger l'accusé contre l'inéquité que d'utiliser des éléments de preuve probants «sans trop tenir compte de l'équité du processus décisionnel» (voir *Clarkson*, à la p. 393).

Il s'ensuit que je ne peux accepter cette interprétation fondée sur une règle absolue que la Cour d'appel du Manitoba a adoptée à ce sujet dans l'arrêt *Sophonow*, précité. Cette Cour semble dire que l'importance même de la preuve exige qu'on l'écarte. Par exemple, le juge Huband de la Cour d'appel affirme catégoriquement, à la p. 432, que le par. 643(1) [TRADUCTION] «n'a jamais eu pour objet de s'appliquer à un témoin essentiel dont le témoignage pourrait créer une injustice envers l'accusé si le jury n'a pas la possibilité d'observer son comportement et ses réactions en contre-interrogatoire». J'estime que cette affirmation n'est pas conforme à l'objet du par. 643(1) qui vise à assurer qu'une preuve, même importante et de très grande valeur probante, ne soit pas perdue parce que le témoin ne témoignera pas au procès. Comme le juge Vancise de la Cour d'appel l'a affirmé dans l'arrêt *Rogers*, précité, à la p. 63 [TRADUCTION] «Rien dans l'article n'en restreint l'application à des éléments de preuve qui ne sont pas essentiels à la preuve de la poursuite».

En l'espèce, je suis d'avis que le juge du procès n'a pas bien saisi la nature et la portée de son

nature and scope of his discretion under s. 643(1). He stressed the high probative value of the evidence of someone who had been in the victim's home at the time the events occurred but failed, in my view, to give adequate consideration to possible unfairness to the accused arising from either the manner in which the evidence was obtained or the effect of its admission on the fairness of the trial. The Court of Appeal proceeded on the basis that the trial judge had no discretion other than the restrictive common law formulation in *Wray*. Neither court applied its mind to the question whether in the circumstances of this case the trial judge should have exercised his statutory discretion in s. 643(1) to exclude the evidence.

There can be no doubt about the fact that the decision whether or not to exercise the statutory discretion in this case would not have been an easy one. In favour of the admission of the evidence is the absence of any allegation that the manner in which Deschênes' testimony was obtained was unfair to the appellant. Moreover, the appellant's counsel exercised his right to cross-examine Deschênes at the preliminary inquiry and there was some cross-examination. There was also a measure of corroboration of Deschênes' testimony (so far as it pinpointed Potvin as the culprit) by the testimony of Thibault at trial. Also favouring admission of Deschênes' testimony was the factor emphasized by the trial judge, namely its high probative value. The testimony purported to be an eyewitness account of the appellant beating and killing the victim. On the other hand, given the appellant's defence that he was a passive observer and that it was Deschênes, the unavailable witness, who did the actual beating and killing, the issue of Deschênes' credibility was obviously critical to the trier of fact's decision whether to accept or reject Deschênes' version of the events. Yet the jury had no opportunity to observe Deschênes' demeanour as an aid in assessing that witness's credibility.

This is not, however, a matter for this Court to decide but rather a matter to be referred back to a

pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1). Il a fait ressortir la grande valeur probante du témoignage de quelqu'un qui se trouvait au domicile de la victime au moment où les événements se sont produits mais il a omis, à mon avis, d'accorder suffisamment d'importance à l'inéquité possible envers l'accusé qui pourrait résulter de la façon dont la preuve a été obtenue ou à l'effet de son utilisation sur l'équité du procès. La Cour d'appel a tenu pour acquis que le juge du procès n'avait pas d'autre pouvoir discrétionnaire que ce qui correspondait à la définition restrictive en *common law* de l'arrêt *Wray*. Ni l'un ni l'autre tribunal ne s'est demandé si, compte tenu des circonstances de l'espèce, le juge du procès aurait dû écarter la preuve en exerçant son pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1).

d Il ne fait aucun doute qu'en l'espèce, la décision d'exercer ou non le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi n'aurait pas été facile à prendre. Militait en faveur de l'admission de la preuve, l'absence d'allégation que la façon dont le témoignage de Deschênes avait été obtenu était inéquitable envers l'accusé. En outre, l'avocat de l'appelant a exercé son droit de contre-interroger Deschênes à l'enquête préliminaire et il y a eu un certain contre-interrogatoire. Le témoignage de Deschênes a également été corroboré partiellement (dans la mesure où celui-ci désignait Potvin comme le coupable) dans le témoignage de Thibault au procès. Militait également en ce sens l'élément souligné par le juge du procès, savoir la grande valeur probante du témoignage de Deschênes. Le témoignage se présentait comme le récit d'un témoin qui avait vu l'appelant frapper et tuer la victime. Par contre, étant donné la défense de l'appelant selon laquelle e il avait été un témoin passif et que c'était Deschênes, le témoin absent, qui avait en réalité frappé et tué la victime, la question de la crédibilité de Deschênes était évidemment essentielle à la décision du juge des faits d'admettre ou de rejeter la f version des faits présentée par Deschênes. Et pourtant le jury n'avait pas eu l'occasion d'observer le comportement de Deschênes pour l'aider à évaluer la crédibilité de ce témoin.

j Il n'appartient cependant pas à cette Cour de trancher cette question qu'il convient de renvoyer à

trial judge properly instructed as to the nature and scope of his or her statutory discretion under s. 643(1).

(c) *The Warnings*

The appellant submits that the trial judge erred in not warning the jury of the dangers of accepting evidence and attempting to assess credibility in the absence of live cross-examination and in not warning the jury of the dangers of accepting the evidence of an accomplice in the absence of live cross-examination at trial. I am of the view that it is highly desirable in all cases in which previous testimony is introduced at trial pursuant to s. 643(1) that the trial judge remind the jury that they have not had the benefit of observing the witness giving the testimony. This is not to say that failure to do so will constitute reversible error in every case, but a warning seems particularly desirable in a case such as this where the unavailability of the witness to testify at trial is not the result of some unforeseen contingency such as death or illness but the result rather of a deliberate decision by the witness not to give his evidence under oath before the trier of fact.

Moreover, in this case there was more than a simple failure to warn. The trial judge compounded the failure to warn with the following instruction to the jury:

[TRANSLATION] As the Act was clearly made, the Act was designed and made to ensure that the truth will come out in our courts, to ensure that those who have to try cases will not have half-truths in front of them but truths which are as complete as possible, I have allowed a request by the Crown to apply a section of the Criminal Code which I explained to you at the time and which allows in such a case—a witness who is ill, dead or refuses to testify—which under certain conditions allows his testimony previously given, at the preliminary inquiry as was the case here, to be read, to be passed on to the jury, testimony previously given on oath like the other witnesses whom you heard.

And I told you that this testimony was evidence before you like all the other testimony you heard. When I say "is evidence", it is for you and you alone to decide whether it proves anything, and if it does, what it proves; but it is evidence like all the other testimony.

un juge du procès pour qu'il se prononce en tenant dûment compte de la nature et de l'étendue de son pouvoir discrétionnaire en vertu du par. 643(1).

a c) *Les mises en garde*

L'appelant soutient que le juge du procès a commis une erreur en ne mettant pas le jury en garde contre le danger d'admettre un témoignage et de tenter d'en évaluer la crédibilité sans contre-interrogatoire en sa présence et en ne le mettant pas en garde non plus contre le danger d'admettre le témoignage d'un complice sans contre-interrogatoire au procès. Je suis d'avis que, dans tous les cas où l'on produit en preuve un témoignage antérieur, en vertu du par. 643(1), il est très souhaitable que le juge du procès rappelle au jury que celui-ci n'a pas eu l'occasion d'observer le témoin pendant son témoignage. Cela ne signifie pas que l'omission de le faire constituera toujours une erreur donnant lieu à révision, mais une mise en garde semble particulièrement souhaitable dans un cas comme celui-ci où l'absence du témoin au procès ne découle pas d'un événement imprévisible comme le décès ou la maladie mais de sa décision délibérée de ne pas témoigner sous serment devant le juge des faits.

f En outre, il y a eu plus qu'une simple omission de mettre le jury en garde en l'espèce. Le juge du procès a aggravé la situation en donnant la directive suivante au jury:

g La Loi étant bien faite, la Loi étant conçue et faite pour que la vérité puisse toujours éclater devant nos Tribunaux, pour que ceux qui sont appelés à juger n'aient pas des demi-vérités devant eux mais des vérités qui soient les plus complètes possibles, j'ai permis à la demande de la Couronne que l'on applique un article du Code Criminel que je vous ai alors expliqué et qui permet dans un tel cas—un témoin malade, décédé, qui refuse de témoigner—qui permet à certaines conditions que son témoignage précédemment rendu, comme ce fut le cas dans celui-ci lors de l'enquête préliminaire, soit lu, soit communiqué aux jurés, témoignage précédemment rendu sous serment comme les autres témoins que vous avez entendus.

j Et je vous ai dit que ce témoignage faisait preuve devant vous comme tous les autres témoignages que vous avez entendus. Quand je dis «fait preuve», c'est à vous et à vous seuls de décider s'il prouve. Et, s'il prouve, ce qu'il prouve. Mais ça constitue de la preuve comme tous les autres.

This instruction was apparently designed to give the jury the impression that the transcript of Deschênes' testimony at the preliminary inquiry was evidence like all the other testimony at the trial. I think this was wrong. Deschênes' testimony differed from the other testimony the jury heard at trial because it alone was not subject to live cross-examination at the trial. Deschênes was not simply a witness who because of death, illness or absence from Canada had become unavailable to testify at trial. He was a co-accused with the appellant and, according to the theory of the defence, directly implicated in the crime, who for whatever reasons refused to testify before the jury. His evidence was crucial in that it purported to be an eyewitness account which, if believed, was almost conclusive of the appellant's guilt. I cannot accept in these circumstances that no miscarriage of justice resulted from the trial judge's misdirection to the jury in this matter.

Although it is not strictly necessary, given the view I have taken of the combined effect of the failure to warn the jury concerning the dangers of accepting Deschênes' testimony and the judge's erroneous instruction to them that the transcript of Deschênes' testimony at the preliminary inquiry was to be treated as testimony like all the other testimony at the trial, I believe it is important to deal with the appellant's submission that a warning was required under this Court's decision in *Vetrovec*, *supra*, because of the fact that Deschênes fell into the category of an accomplice.

In *Vetrovec* this Court held that there was no rule of law that required a judge to warn a jury of the dangers of accepting the evidence of an accomplice and that required corroboration of an accomplice's evidence. The appellant submits that in the context of s. 643(1) a pre-*Vetrovec* approach is warranted. The Crown in its submissions seems to accept this return to the complexities of the pre-*Vetrovec* jurisprudence by stressing that Deschênes' testimony was corroborated by the testimony of the co-accused Thibault at trial. With

Cette directive avait apparemment pour but de donner au jury l'impression que la transcription du témoignage de Deschênes à l'enquête préliminaire était une preuve au même titre que tous les autres témoignages rendus au procès. Je pense que cela était inexact. Le témoignage de Deschênes était différent des autres témoignages entendus par le jury parce qu'il était le seul à ne pas avoir fait l'objet d'un contre-interrogatoire au procès. Deschênes n'était pas simplement dans la situation d'un témoin qui, pour cause de mort, de maladie ou d'absence du Canada, ne pouvait plus témoigner au procès. Il était un coaccusé de l'appelant qui, selon la thèse de la défense, était impliqué directement dans le crime et qui, pour une raison ou pour une autre, a refusé de témoigner devant le jury. Son témoignage était crucial parce qu'il se voulait celui d'un témoin oculaire qui, s'il était cru, était presque concluant quant à la culpabilité de l'appelant. Compte tenu des circonstances de l'espèce, je ne peux accepter que cette directive erronée du juge du procès au jury n'ait entraîné aucune erreur judiciaire.

Bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire de le faire, étant donné mon opinion sur l'effet combiné de l'omission d'avertir le jury du danger d'admettre le témoignage de Deschênes et de la directive erronée donnée par le juge selon laquelle la transcription de son témoignage à l'enquête préliminaire devait être considérée comme une preuve au même titre que tous les autres témoignages rendus au procès, je crois qu'il est important d'examiner la prétention de l'appelant qu'une mise en garde était nécessaire selon l'arrêt *Vetrovec*, précité, de cette Cour, parce que Deschênes faisait partie de la catégorie des complices.

Dans l'arrêt *Vetrovec*, cette Cour a conclu qu'aucune règle de droit n'exigeait que le juge mette le jury en garde contre le danger d'admettre le témoignage d'un complice et que le témoignage d'un complice soit corroboré. L'appelant soutient que, dans le contexte du par. 643(1), une interprétation conforme aux décisions antérieures à l'arrêt *Vetrovec* s'impose. Dans ses plaidoiries, le ministère public semble accepter ce retour aux complications de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Vetrovec* en faisant valoir que le témoignage de

respect I would reject both the appellant's submission that a special warning is required whenever an accomplice's evidence is introduced pursuant to s. 643(1) and the respondent's suggestion that the fact of corroboration in and of itself removes the dangers attendant on the acceptance of Deschênes' testimony. *Vetrovec*, in my view, represents a rejection of formalistic and *a priori* categories concerning the trustworthiness of evidence both with regard to warnings and corroboration. In every case it is for the trial judge on the basis of his or her appreciation of all the circumstances and, may I add, on the basis of the application of sound common sense, to decide whether a warning is required.

(d) *Section 4(5) of the Canada Evidence Act*

The appellant draws attention to two passages from the trial judge's charge to the jury and submits that they constitute a violation of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* by making the failure of the appellant to testify the subject of comment. The first passage is as follows:

[TRANSLATION] That being understood, I must tell you that whether you accord a witness more or less credibility must be based on good reasons, not simply on fantasy or caprice, on speculation or on frivolity, especially of course, especially if the fact stated by witness is not denied by other witnesses and if that witness is not contradicted by anyone in general or in particular is not contradicted by any person or persons who may have been in a position to contradict him.

The second passage reads:

[TRANSLATION] The defence argument is therefore as follows: it is that the Crown has not discharged its burden of establishing the guilt of Pierre Potvin, the accused, before you beyond any reasonable doubt.

The defence has told you, the defence which has not made a defence has told you; the Crown evidence is so weak, there are so many contradictions that you, ladies and gentlemen of the jury, must have a reasonable doubt and give the accused Pierre Potvin the benefit of this doubt.

As the Court of Appeal noted, this Court has interpreted s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* as

Deschênes a été corroboré par le témoignage de la coaccusée Thibault au procès. Avec égards, je suis d'avis de rejeter à la fois la prétention de l'appellant qu'une mise en garde particulière est requise lorsque le témoignage d'un complice est produit en application du par. 643(1) et celle de l'intimée que la corroboration écarte d'elle-même le danger associé à l'admission du témoignage de Deschênes. À mon avis, l'arrêt *Vetrovec* rejette les catégories formalistes et définies d'avance en matière de fiabilité des témoignages tant à l'égard des mises en garde que de la corroboration. Dans chaque cas, il appartient au juge du procès, selon son appréciation de toutes les circonstances et, si je puis ajouter, le sens commun, de décider si une mise en garde est nécessaire.

d) *Le paragraphe 4(5) de la Loi sur la preuve au Canada*

L'appelant attire l'attention de la Cour sur deux extraits de l'exposé du juge au jury et soutient qu'ils violent le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* parce qu'ils comportent des remarques sur le fait que l'appelant n'a pas témoigné au procès. Le premier extrait se lit ainsi:

Ceci étant compris, je vous avise que le degré de crédibilité plus ou moins grand que vous accordez à un témoin doit reposer sur des motifs sérieux et non pas sur de la simple fantaisie ou sur des caprices, sur de la spéculation ou sur de la frivolité surtout évidemment, surtout si le fait qui est affirmé par un témoin n'est pas nié par d'autres et si ce témoin n'est contredit par personne en général et en particulier n'est contredit par celui ou par ceux qui auraient été en mesure de le contredire.

Le second extrait se lit ainsi:

h) La thèse de la défense donc est la suivante: c'est que la Couronne ne s'est pas déchargeée de démontrer devant vous hors de tout doute raisonnable la culpabilité de Pierre Potvin, l'accusé.

i) La défense vous dit, la défense qui n'a pas fait de défense vous dit: la preuve de la Couronne est tellement faible, il y a tellement de contradictions que vous devez mesdames et messieurs les jurés éprouver un doute raisonnable et accorder ce doute à l'accusé Pierre Potvin.

j) Comme l'a souligné la Cour d'appel, cette Cour a interprété le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au*

requiring something more than an off-hand reference to the fact that an accused did not testify at trial. Ritchie J. interpreted s. 4(5) in a purposive as opposed to a literal manner in *McConnell and Beer v. The Queen*, [1968] S.C.R. 802, at p. 809:

I think it is to be assumed that the section in question was enacted for the protection of accused persons against the danger of having their right not to testify presented to the jury in such fashion as to suggest that their silence is being used as a cloak for their guilt.

Given this approach, which I approve and believe to be consistent with the approach to statutory interpretation enunciated by this Court in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, I do not think it can be said that the comments to which the appellant draws attention constitute a violation of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*. As the Court of Appeal noted, the first passage is part of a general direction to the jury at the beginning of the judge's charge. The second passage is taken from the concluding part of the judge's charge but seems to be somewhat ambiguous and, in the context, in the nature of an off-hand remark. Even if the remark could have prejudiced the accused it was, in my view, more than compensated by the trial judge's unambiguous and sustained comments throughout the charge concerning the burden on the Crown to prove the guilt of the accused. I conclude, therefore, that the trial judge did not violate s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* in these passages from his charge to the jury.

V. Disposition

I would allow the appeal and order a new trial because the trial judge misdirected himself as to the proper interpretation of s. 643(1) of the *Criminal Code* and because of the combined effect of the trial judge's failure to warn the jury concerning the use of s. 643(1) and his erroneous instruction that the transcript of testimony taken at the preliminary inquiry should be treated in the same manner as live testimony given at trial.

I would answer the constitutional questions set by the Chief Justice as follows:

Canada comme exigeant quelque chose de plus qu'une simple allusion en passant au fait qu'un accusé n'a pas témoigné au procès. Le juge Ritchie a interprété le par. 4(5) en fonction de son objet plutôt que de manière littérale dans l'arrêt *McConnell and Beer v. The Queen*, [1968] R.C.S. 802, à la p. 809:

[TRADUCTION] Je pense qu'il faut tenir pour acquis que l'article en question a été adopté pour protéger les accusés du danger d'avoir leur droit de ne pas témoigner présenté au jury de manière à suggérer que leur silence est utilisé pour masquer leur culpabilité.

Étant donné cette interprétation que j'approuve et que j'estime conforme la manière d'aborder l'interprétation des lois qui a été énoncée par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, je ne crois pas qu'on puisse affirmer que les remarques sur lesquelles l'appelant attire notre attention violent le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Comme l'a souligné la Cour d'appel, le premier extrait fait partie d'une directive générale au jury au début de l'exposé du juge. Le second extrait provient de la conclusion de l'exposé du juge mais il est un peu ambigu et, dans le contexte, semble être une remarque faite en passant. Même si la remarque pouvait causer un préjudice à l'accusé, j'estime qu'elle est plus que compensée par les remarques claires et répétées du juge dans son exposé concernant le fardeau de la poursuite d'établir la culpabilité de l'accusé. Je conclus donc que le juge du procès n'a pas violé le par. 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* dans ces extraits de son exposé au jury.

V. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès, d'une part, parce que le juge du procès n'a pas donné l'interprétation appropriée au par. 643(1) du *Code criminel* et, d'autre part, à cause de l'effet combiné de l'omission du juge du procès de mettre le jury en garde quant à l'utilisation du par. 643(1) et de la directive erronée selon laquelle la transcription du témoignage reçu à l'enquête préliminaire devrait être considérée de la même façon qu'un témoignage rendu au procès.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles établies par le Juge en chef de la façon suivante:

Q. 1. Does section 643 of the *Criminal Code* in so far as it allows the Crown to ask the trial judge to read as evidence before a jury the evidence of an accomplice given at the preliminary inquiry, when the said accomplice refuses to give evidence at the trial, violate ss. 7, 11(d) and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. No as to ss. 7 and 11(d). It is not necessary to answer the question with respect to s. 12 as the appellant did not argue this issue.

Q. 2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is the resort to that section justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

A. In light of the answer to Question 1 it is not necessary to answer this question.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitor for the appellant: Alain Dumas, Québec.

Solicitor for the respondent: Michel Parent, Sept-Îles.

Solicitor for the intervenor the Attorney General of Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitor for the intervenor the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Q. 1. L'article 643 du *Code criminel*, dans la mesure où il permet à la poursuite de demander au juge du procès de lire à titre de preuve devant le jury le témoignage d'un complice donné à l'enquête préliminaire, lorsque ledit complice refuse de témoigner au procès, viole-t-il les art. 7, 11d) et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Non, pour ce qui concerne l'art. 7 et l'al. 11d). Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question pour ce qui est de l'art. 12 puisque l'appelant n'a pas plaidé ce point.

Q. 2. Si la réponse à la première question est affirmative, le recours à cet article est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

R. Compte tenu de la réponse à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde.

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureur de l'appelant: Alain Dumas, Québec.

Procureur de l'intimé: Michel Parent, Sept-Îles.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.