

**Adele Rosemary Gruenke** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. GRUENKE

File No.: 21410.

1991: May 10; 1991: October 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
MANITOBA

*Evidence — Privilege — Religious communications — Church member accused of murder — Communications between pastor and church member about involvement of murder admitted into evidence — Counsel allowed time to argue point in absence of jury — Whether communications protected by common law privilege — Alternatively, whether communications protected confidential communications, and therefore inadmissible, both on the basis of the common law and of s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether absence of formal voir dire denied a fair trial — Whether charge to jury such as to deny fair trial — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a).*

This appeal from a conviction for first degree murder involves the admissibility of evidence, given by a pastor and lay counsellor of a fundamentalist Christian church, regarding communications made to them by the appellant about her involvement in the crime. The Crown's theory was that the appellant had enlisted the aid of her boyfriend in the planning and commission of the murder, which she committed, to stop the victim's sexual harassment of her and to benefit from the provisions of his will. The evidence of the appellant's pastor and the lay counsellor, which directly supported the Crown's theory, was ruled admissible at trial. The communications between the appellant, the pastor and the lay counsellor took place when the lay counsellor, on hearing of the victim's death two days earlier, visited the appellant. When the appellant began speaking of her involvement

**Adele Rosemary Gruenke** *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. GRUENKE

b. Nº du greffe: 21410.

1991: 10 mai; 1991: 24 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

d. *Preuve — Privilège — Communications religieuses — Membre d'une Église accusée de meurtre — Utilisation en preuve des communications entre un pasteur et un membre de l'Église au sujet de son implication dans un meurtre — L'avocat a eu la possibilité de soulever un point en l'absence du jury — Les communications sont-elles protégées par un privilège de common law? — Subsidiairement, les communications sont-elles des communications confidentielles protégées et donc inadmissibles aux termes de la common law et de l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'absence de voir-dire formel a-t-elle empêché la tenue d'un procès équitable? — L'exposé au jury était-il de nature à empêcher la tenue d'un procès équitable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a).*

g. h. i. j. Le présent pourvoi contre une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré porte sur l'admissibilité des témoignages d'un pasteur et d'une conseillère laïque d'une Église chrétienne fondamentaliste, concernant des communications qui leur ont été faites par l'appelante sur son implication dans le crime. La théorie du ministère public était que l'appelante avait demandé l'aide de son ami pour planifier et commettre le meurtre qu'elle a commis pour mettre fin au harcèlement sexuel de la victime à son égard et pour bénéficier des dispositions du testament de celle-ci. Les témoignages du pasteur de l'appelante et de la conseillère laïque, qui appuient directement la théorie du ministère public, ont été jugés recevables au procès. Les communications entre l'appelante, le pasteur et la conseillère laïque ont eu lieu lorsque la conseillère laïque, après avoir appris le décès de la victime deux jours plus tôt, a rendu visite à l'appelante. Après que l'appelante eut commencé à parler de

in the murder, the pastor was called and the conversation continued.

The appellant and her co-accused unsuccessfully appealed their convictions to the Manitoba Court of Appeal. Appellant was granted leave to appeal to this Court; the co-accused did not appeal to this Court.

At issue here was whether the communications were protected by common law privilege, or alternatively, were protected confidential communications, and therefore inadmissible, on the basis of the common law and of s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Other issues related to the absence of a *voir dire* and to the fairness of the trial judge's charge to the jury.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.: The fact that English and Canadian courts have not, as a matter of practice, compelled members of the clergy to disclose confidential religious communications, does not answer the question of whether there is a legal common law privilege for religious communications. The existence of a limited statutory religious privilege in some jurisdictions does not indicate that a common law privilege exists; rather, it indicates that the common law did not protect religious communications and that the statutory protection was accordingly necessary.

Whether a *prima facie* privilege exists for religious communications is essentially a policy issue. As a general principle, all relevant evidence is admissible. The policy reasons supporting a class privilege for religious communications must be as compelling as the reason underlying the class privilege for solicitor-client communications: that the relationship and the communications between solicitor and client are essential to the effective operation of the legal system. Such communications are inextricably linked with the very system which desires the disclosure of the communication. Religious communications, notwithstanding their social importance, are not inextricably linked with the justice system in that way.

While the value of freedom of religion, embodied in s. 2(a), is significant in particular cases, this value need not necessarily be recognized in the form of a *prima facie* privilege in order to give full effect to the *Charter*

son implication dans le meurtre, le pasteur a été appelé et la conversation s'est poursuivie.

L'appelante et son coaccusé ont sans succès interjeté appel de leur déclarations de culpabilité à la Cour d'appel du Manitoba. L'appelante a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour; le coaccusé n'a pas formé de pourvoi devant nous.

Il s'agit, en l'espèce, de savoir si les communications sont protégées par un privilège de common law ou, subsidiairement, si ce sont des communications confidentielles protégées qui sont donc inadmissibles aux termes de la common law et de l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les autres questions se rapportent à l'absence de voir-dire et à l'équité de l'exposé du juge du procès au jury.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci:* Le fait que les tribunaux anglais et canadiens n'ont pas, en pratique, obligé les membres du clergé à divulguer des communications religieuses confidentielles ne répond pas à la question de savoir s'il existe un privilège juridique de common law en ce qui a trait aux communications religieuses. L'existence d'un privilège légal limité en matière religieuse dans certains ressorts n'indique pas l'existence d'un privilège de common law; elle indique plutôt que la common law ne protégeait pas les communications religieuses et que, par conséquent, il était nécessaire d'avoir une protection légale.

La question de savoir s'il existe un privilège *prima facie* en ce qui a trait aux communications religieuses est essentiellement une question de principe. À titre de principe général, tous les éléments de preuve pertinents sont admissibles. Les raisons de principe qui justifient l'existence d'un privilège générique en matière de communications religieuses doivent être aussi sérieuses que les raisons qui sous-tendent le privilège générique en matière de communications entre l'avocat et son client: les rapports et les communications entre l'avocat et son client sont essentiels au bon fonctionnement du système juridique. Pareilles communications sont inextricablement liées au système qui veut que la communication soit divulguée. Les communications religieuses, nonobstant leur importance sociale, ne sont pas inextricablement liées de cette manière au système de justice.

Bien que la valeur de la liberté de religion, consacrée à l'al. 2a), soit importante dans certains cas, cette valeur ne doit pas nécessairement être reconnue sous la forme d'un privilège *prima facie* pour que la garantie prévue

guarantee. The extent (if any) to which disclosure of communications will infringe an individual's freedom of religion depends on the particular circumstances involved. Relevant factors include the nature of the communication, the purpose for which it was made, the manner in which it was made, and the parties to the communication.

The Wigmore test as to whether or not a communication is privileged requires that: (1) the communications must originate in a confidence that they will not be disclosed; (2) this element of confidentiality must be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties; (3) the relation must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously fostered; and (4) the injury that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be greater than the benefit thereby gained for the correct disposal of litigation. This test is consistent with a principled approach to the question which properly takes into account the particular circumstances of each case. These criteria are not carved in stone and only provide a general framework within which policy considerations and the requirements of fact-finding can be weighed and balanced on the basis of their relative importance in the particular case before the court. They do not preclude the identification of a new class on a principled basis.

A case-by-case analysis allows the courts to determine whether, in the particular circumstances, the individual's freedom of religion will be imperilled by the admission of the evidence. This analysis must begin with a "non-denominational" approach. The fact that the communications were not made to an ordained priest or minister or that they did not constitute a formal confession will not eliminate the possibility of the communications' being excluded. All of the relevant circumstances must be considered and the Wigmore criteria must be applied in a manner sensitive to Canada's multicultural heritage. This will be most important at the second and third stages of the Wigmore inquiry. Such a case-by-case approach will avoid the problem of "pigeonholing".

The communications at issue here were properly admitted. They did not even satisfy the first requirement that they originate in a confidence that they would not be disclosed. The expectation of confidentiality is abso-

par la *Charte* s'applique pleinement. La mesure (le cas échéant) dans laquelle la divulgation des communications portera atteinte à la liberté de religion d'une personne dépendra des circonstances particulières en cause. Les facteurs pertinents comprennent la nature de la communication, l'objet de celle-ci, la manière dont elle a été faite et les parties à celle-ci.

Le critère de Wigmore, qui s'applique pour déterminer si une communication est privilégiée, exige: (1) que les communications aient été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées, (2) que le caractère confidentiel soit un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties, (3) que les rapports soient de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment, et (4) que le préjudice permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications soit plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision. Ce critère est conforme à une façon, fondée sur des principes, d'aborder la question qui tient compte, à bon droit, des circonstances particulières de chaque cas. Ces critères ne sont pas gravés dans la pierre et ne constituent qu'un cadre général à l'intérieur duquel des considérations de principe et les exigences en matière de recherche des faits peuvent être évaluées et comparées en fonction de leur importance relative dans l'affaire particulière soumise à la cour. Ils n'empêchent pas l'identification d'une nouvelle catégorie fondée sur des principes.

Une analyse de chaque cas permet aux tribunaux de déterminer si, dans les circonstances particulières, la liberté de religion d'une personne sera compromise par l'admission de la preuve. Cette analyse doit commencer par l'adoption d'un point de vue «non confessionnel». Le fait que les communications n'ont pas été faites à un prêtre ou à un pasteur ordonné ou qu'elles ne constituaient pas une confession formelle n'écartera pas la possibilité de les exclure. Il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes et le critère de Wigmore doit être appliqué d'une manière qui tient compte du patrimoine multiculturel du Canada. Ce sera plus important aux deuxièm e et troisième étapes de l'examen relatif au critère de Wigmore. Une telle façon de procéder selon les circonstances de chaque cas aura pour effet i d'éviter le problème de la «compartimentation».

Les communications visées en l'espèce ont été admises à bon droit. Elles ne satisfont même pas à la première condition, c'est-à-dire, qu'elles aient été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées. L'expectative de caractère confidentiel est absolument cruciale pour que les communica-

lutely critical to qualify as "privileged" for without it the *raison d'être* of the privilege is missing.

The parties' statements and behaviour in relation to the communication — and not the lack of a formal practice of "confession" in appellant's church — indicated that these communications were more to relieve appellant's emotional stress than to give effect to a religious or spiritual purpose. While the existence of a formal practice of "confession" may well be a strong indication that the parties expected the communication to be confidential, the lack of such a formal practice is not, in and of itself, determinative.

The trial judge's failure to hold a formal *voir dire* and her decision to rule on the defence motion on the basis of argument and the testimony given at the preliminary inquiry did not deny appellant a fair trial. Although an issue of privilege arising in the course of a trial may well be best determined within the sanctuary of a *voir dire*, failure to follow this procedure does not necessarily render the trial unfair. The trial judge here essentially held an informal *voir dire*, without the jury being present, in that counsel were given an opportunity to submit evidence and argument on the defence's motion for the exclusion of the evidence. While the trial judge bears the ultimate responsibility for determining questions of admissibility, he or she is not required to do more than provide counsel with a reasonable opportunity to elicit evidence and give argument on the issues before making a ruling.

The charge to the jury was full and fair. The charge was not rendered unfair because the trial judge failed to remind the jury that the co-accused's explanation of protecting the appellant could be considered in relation to her, despite the fact that it could not (because of excessive force) constitute a defence within the meaning of s. 37 of the *Criminal Code* for him. The verdict would not have been different even if the jury had been reminded of this point. Once the communications in question were before the jury, a first degree murder conviction was inevitable.

*Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.:* One of the primary aims of the adversarial trial process is to find the truth and all relevant information is, therefore, presumptively admissible. Statutory and common law exceptions exclude evidence that is irrelevant, unreliable, susceptible to fabrication, or which would render

cations puissent être qualifiées de «privilégiées» car, sans celle-ci, le privilège n'a pas de raison d'être.

Les déclarations et le comportement des parties relativement à la communication — et non l'absence d'une pratique formelle de «confession» dans l'Église de l'appelante — indiquent qu'elles avaient été faites davantage pour soulager l'appelante de son stress émotionnel qu'à des fins religieuses ou spirituelles. Même s'il se peut bien que l'existence d'une pratique formelle de «confession» indique fortement que les parties s'attendaient à ce que la communication soit confidentielle, l'absence d'une telle pratique formelle n'est pas, en soi, déterminante.

L'appelante n'a pas été privée d'un procès équitable par suite de l'omission du juge du procès de tenir un *voir-dire* formel et de sa décision de statuer sur la requête de la défense en fonction des arguments et des témoignages présentés à l'enquête préliminaire. Même si une question de privilège soulevée dans un procès peut être mieux tranchée dans le cadre d'un *voir-dire*, l'omission de suivre cette procédure ne rend pas nécessairement le procès inéquitable. Le juge du procès en l'espèce a essentiellement tenu un *voir-dire* de façon informelle, en l'absence du jury, car les avocats ont eu l'occasion de présenter des éléments de preuve et des arguments relativement à la requête de la défense visant à exclure la preuve. Bien que le juge du procès ait la responsabilité ultime de trancher les questions de recevabilité, il n'est pas tenu de faire plus que d'accorder à l'avocat une occasion raisonnable de présenter sa preuve et d'avancer des arguments sur ces questions avant de rendre une décision.

L'exposé au jury était complet et équitable. L'exposé n'a pas été rendu inéquitable parce que le juge du procès a omis de rappeler au jury que l'explication du coaccusé, selon laquelle il protégeait l'appelante, pouvait être prise en compte relativement à celle-ci, même si elle ne pouvait pas (à cause de la force excessive) constituer pour lui-même un moyen de défense aux termes de l'art. 37 du *Code criminel*. Le verdict n'aurait pas été différent même si on avait rappelé ce point au jury. Dès que les communications en question avaient été soumises à l'appréciation du jury, une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré devenait inévitable.

*Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier:* L'un des principaux objectifs du système accusatoire est la recherche de la vérité et toute preuve pertinente est, en conséquence, présumée recevable. Les exceptions prévues par la loi et la common law excluent les éléments de preuve qui ne sont ni pertinents, ni fiables, qui sont

the trial unfair or, even if probative and trustworthy, because of some overriding social concern or judicial policy. The categories of privileged communications are very limited.

The question of whether or not there should be a recognized privilege for confidential religious communications is a question of policy. Several rationales for such a privilege have been put forward.

The first is utilitarian. Religious confidentiality is vitally important not only to the maintenance of religious organizations but also to their individual members. Without it, individuals would be disinclined to confide in their religious leaders. Its value is the value to society of religion and religious organizations generally. Second, the *Charter* guarantee of freedom of religion indicates that a legal privilege for confidential religious communications is commensurate with Canadian values. The third rationale relates to privacy, where the emphasis is placed on the benefit to the individual as opposed to society as a whole. The religious element in the pastor-penitent relationship promotes special values of privacy characteristic of that relationship, and makes the privacy rationale a possible justification towards the recognition of the privilege. As well, it would be impractical and futile to attempt to force the clergy to testify because often the cleric would refuse. Compelling disclosure, or charging a cleric with contempt, could bring disrepute to the system of justice. Indeed, admitting such evidence has been compared to admitting confessions made under duress to police.

Taken as a whole, neither the historical nor the jurisprudential data seems to support the existence of a class-based privilege for religious communications at common law in England. Some Canadian provinces have, however, enacted legislation in that respect.

A human need for a spiritual counsellor exists and, in a system of religious freedom and freedom of thought and belief, must be recognized. While serving a number of other policy interests, the value to society of disclosure to and guidance from a spiritual counsellor, in total and absolute confidence, must supersede the truth-

susceptibles d'avoir été fabriqués ou qui rendraient le procès inéquitable, ou même ceux qui sont probants et fiables, pour répondre à une préoccupation sociale prépondérante ou encore aux fins d'une politique judiciaire. Les catégories de communications privilégiées sont très limitées.

La question de savoir si un privilège devrait être reconnu en matière de communications religieuses confidentielles en est une de principe. Plusieurs raisonnements à l'appui d'un tel privilège ont été présentés.

Le premier est fondé sur le caractère utilitaire. Le caractère confidentiel en matière religieuse a une importance vitale non seulement pour le maintien des organismes religieux, mais également pour leurs membres. En l'absence de celui-ci, un individu ne serait pas porté à se confier à ses autorités religieuses. Sa valeur constitue à l'égard de la société la valeur de la religion et des organismes religieux d'une manière générale. Deuxièmement, la garantie de liberté de religion reconnue dans la *Charte* indique qu'un privilège légal relatif aux communications religieuses confidentielles est à la mesure des valeurs canadiennes. Le troisième raisonnement a trait à la protection de la vie privée parce qu'il met l'accent sur l'avantage qu'en retire le particulier et non pas l'ensemble de la société. L'élément religieux dans les rapports entre ministre du culte et fidèle favorise les valeurs spéciales caractéristiques de la protection de la vie privée et fait en sorte que le raisonnement fondé sur la protection de la vie privée constitue une justification possible de la reconnaissance du privilège. De même, il serait peu réaliste, voire futile de tenter d'obliger les membres du clergé à témoigner parce que, le plus souvent, les membres du clergé refuseraient. Obliger un membre du clergé à divulguer des communications confidentielles ou l'accuser d'outrage au tribunal serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. En fait, l'admission de tels témoignages a été comparée à l'admission de confessions faites sous la contrainte à des policiers.

Dans l'ensemble, ni l'histoire ni la jurisprudence ne semblent appuyer l'existence d'un privilège générique relatif aux communications religieuses en common law en Angleterre. Toutefois, certaines provinces canadiennes ont adopté des lois à ce sujet.

Tout être humain a besoin d'un conseiller spirituel et, dans un système de liberté de religion et de liberté de pensée et de croyance, ce besoin doit être reconnu. Tout en servant un certain nombre d'autres intérêts publics, la valeur que représente pour la société la divulgation à un conseiller spirituel et les conseils obtenus auprès de

searching policy. An *ad hoc* approach may overshadow the long-term interest served by the recognition of the privilege since the relationship of the confidence between pastor and penitent may not develop in the absence of an assurance that communications will be protected. Not every religious communication will be protected. The creation of the category simply acknowledges that our society recognizes that the relationship should be fostered, and that disclosure of communications will generally do more harm than good.

A first step involves verifying whether the communications fall into the pastor-penitent category at all. The communications must be intended to be of a religious or spiritual nature. This involves inquiring into: (1) whether the communication involves some aspect of religious belief, worship or practice; (2) whether the religious aspect is the dominant feature or purpose of the communication; (3) whether the communication would have been called into being without the religious aspect; and (4) whether the religious aspect of the communication was a good faith manifestation of a religious belief, worship or practice, or whether it was colourable. The communication must also meet the first two parts of the Wigmore test: (1) the communication must originate in a confidence that it will not be disclosed; (2) this element of confidentiality must be essential to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties. The latter elements in the Wigmore test are answered by the recognition of a pastor-penitent category.

The requirement of confidentiality stresses that only private communications may be privileged. The analysis of this issue is a factual exercise, having regard to all the circumstances. An overly rigid application emphasizing the practice of the religious denomination should be avoided. The requirement or the availability of confidential communications such as confessions will not be determinative of the availability of the privilege, although it may be relevant. "Confessional" communications should accordingly not receive any "special privilege" going beyond the application of the principles defined here. The absence of a church practice of confession of sin is not determinative of the question of confidentiality.

celui-ci, avec une confiance totale et absolue, doit avoir préséance sur la politique de recherche de la vérité. Une approche *ad hoc* peut éclipser l'intérêt à long terme que sert la reconnaissance du privilège étant donné que les rapports de confiance entre ministre du culte et fidèle sont susceptibles de ne pas se développer en l'absence d'une assurance que les communications seront protégées. Ce ne sont pas toutes les communications religieuses qui seront protégées. La création d'une catégorie souligne simplement que notre société reconnaît que les rapports devraient être favorisés et que la divulgation de communications fera généralement plus de mal que de bien.

Premièrement, il convient de vérifier si les communications s'inscrivent réellement dans la catégorie des communications entre ministre du culte et fidèle. Les communications doivent être destinées à être d'une nature religieuse ou spirituelle. Il convient alors de se demander (1) si la communication comporte un aspect quelconque de croyance religieuse, de culte ou de pratique, (2) si l'aspect religieux constitue la caractéristique dominante ou le but principal de la communication, (3) si la communication aurait eu lieu sans l'aspect religieux, et (4) si l'aspect religieux de la communication équivaut à une manifestation sincère de la croyance religieuse, du culte ou de la pratique, ou s'il est trompeur. La communication doit également satisfaire aux deux premiers éléments du critère de Wigmore: (1) la communication doit avoir été transmise confidentiellement avec l'assurance qu'elle ne serait pas divulguée; (2) le caractère confidentiel doit être un élément essentiel au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties. La reconnaissance de la catégorie des communications entre ministre du culte et fidèle répond aux derniers éléments du critère de Wigmore.

L'exigence du caractère confidentiel souligne que seules les communications privées peuvent faire l'objet d'un privilège. L'analyse de cette question en est une de fait, compte tenu de toutes les circonstances. Il convient d'éviter une application trop rigide de la pratique du groupe religieux. L'exigence ou l'existence possible de communications confidentielles, telle la confession, ne sera pas déterminante quant à la reconnaissance possible du privilège bien qu'elle puisse être pertinente. Par conséquent, les communications «faites sous le secret de la confession» ne devraient pas faire l'objet d'un «privilège spécial» allant au-delà de l'application des principes définis en l'espèce. L'absence d'une pratique de confession des péchés dans une Église donnée n'est pas déterminante quant au caractère confidentiel de la communication.

The application of the privilege is narrowed by the requirement that confidentiality must be essential to the full maintenance of the relationship. The privacy interests of the religious leader and individual involved, in combination with the benefit to society of the relationship's confidentiality, will not be sufficient to pass the second criterion in every case. Determination of this issue will involve, among other things, a consideration of the nature of the particular relationship at bar and the nature of the cleric-individual relationship in broader terms. The relationship envisaged in the privilege is one in which the individual approaches the religious leader with the intent of gaining religious or spiritual comfort, advice, or absolution.

The communications here did not originate in the confidence that they would not be disclosed. Although the people involved did converse in private, there is no evidence that the appellant believed or had reason to believe that the conversations were intended to be entirely confidential. Appellant felt remorse and sought out comfort, advice and guidance from her religious leaders. The evidence did not suggest an expectation of complete confidentiality but rather suggests that the appellant herself was preparing to divulge all the information the next day and wanted to tell her co-accused of her intentions.

#### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Considered:** *Re Church of Scientology and The Queen* (No. 6) (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; referred to: *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *University of Pennsylvania v. Equal Employment Opportunity Commission*, 110 S.Ct. 577 (1990); *John Fairfax & Sons Ltd. v. Cojuangco* (1988), 165 C.L.R. 346; *McGuinness v. Attorney-General of Victoria* (1940), 63 C.L.R. 73; *R. v. Howse*, [1983] N.Z.L.R. 246; *Re Church of Scientology and The Queen* (No. 6) (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158; *Broad v. Pitt*

L'application du privilège est restreinte par l'exigence que le caractère confidentiel soit essentiel au maintien complet des rapports. Les intérêts en matière de protection de la vie privée qu'ont l'autorité religieuse et la personne visée, joints à l'avantage que procure à la société le caractère confidentiel des rapports, ne seront pas suffisants pour satisfaire, dans chaque cas, au deuxième élément du test. L'examen de cette question comportera, notamment, un examen de la nature des rapports particuliers dont il est question et de la nature des rapports entre un membre du clergé et un individu de manière générale. Les rapports visés par le privilège sont ceux dans lesquels la personne communique avec une autorité religieuse dans l'intention d'obtenir un réconfort spirituel ou religieux, un conseil ou l'absolution.

En l'espèce, les communications n'ont pas été faites confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées. Bien que les personnes visées aient effectivement parlé en privé, il n'y a aucune preuve que l'appelante croyait ou avait des raisons de croire que les conversations seraient entièrement confidentielles. L'appelante avait des remords et cherchait un réconfort et des conseils auprès de ses autorités religieuses. Il ne ressort pas de la preuve qu'elle s'attendait au secret complet; elle laisse plutôt entendre que l'appelante elle-même était prête à divulguer tous les renseignements le lendemain et qu'elle voulait faire part de ses intentions à son coaccusé.

#### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêt examiné:** *Re Church of Scientology and The Queen* (No. 6) (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; arrêts mentionnés: *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. v. Snider*, [1954] R.C.S. 479; *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *University of Pennsylvania v. Equal Employment Opportunity Commission*, 110 S.Ct. 577 (1990); *John Fairfax & Sons Ltd. v. Cojuangco* (1988), 165 C.L.R. 346; *McGuinness v. Attorney-General of Victoria* (1940), 63 C.L.R. 73; *R. v. Howse*, [1983] N.Z.L.R. 246; *Re Church of Scientology and The Queen* (No. 6) (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158; *Broad v. Pitt*

(1828), 3 Car. & P. 518, 172 E.R. 528; *Garnet's Trial* (1606), 2 How. St. Tr. 218; *Wheeler v. Le Marchant* (1881), 17 Ch. 675; *R. v. Hay* (1860), 2 F. & F. 4, 175 E.R. 933; *Gill v. Bouchard* (1896), 5 Que. Q.B. 138; *Ouellet v. Sicotte* (1896), 9 C.S. 463; *R. v. Medina*, (Ont. S.C., October 17, 1988, unreported); *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515; *In re Keller* (1887), 22 L.R.I. 158; *Tannian v. Synnott* (1903), 37 I.L.T. & Sol. J. 275; *R. v. Lynch*, [1954] Tas. S.R. 47; *People v. Edwards*, 248 Cal.Rptr. 53 (1988), cert. denied 109 S.Ct. 1158 (1989); *Mullen v. U.S.*, 263 F.2d 275 (1959); *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *Descôteaux v. Mierzynski*, [1982] 1 S.C.R. 860.

#### Statutes and Regulations Cited

*Articuli Cleri*, 9 Edw. 2, c. 10 (Eng. 1315).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Preamble, ss. 2(a), (b), 27.  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 9.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 37.  
*Evidence Act*, R.S.N. 1970, c. 115, s. 6.  
*Evidence Act (Tasmania)*, 1910, s. 96(1).  
*Evidence Act (Victoria)*, 1958, No. 6246, s. 28.  
*Evidence Amendment Act (No. 2)* (New Zealand), 1980, s. 31.  
*Evidence (Religious Confessions) Amendment Act* (New South Wales), 1989.

#### Authors Cited

Bentham, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence*, vol. IV. London: Hunt and Clark, 1827.  
Campbell, Simone, Sr. "Catholic Sisters, Irregularly Ordained Women and The Clergy-Penitent Privilege" (1976), 9 *U.C. Davis L. Rev.* 523.  
Canada. Law Reform Commission. Law of Evidence Project, Study Paper No. 12. *Evidence: Professional Privileges Before the Courts*. Ottawa: Law Reform Commission, 1975.  
Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: Law Reform Commission, 1975.  
Chambers, Robert and Mitchell McInnes. Commentary on *R. v. Church of Scientology and Zaharia* (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 176.

(1828), 3 Car. & P. 518, 172 E.R. 528; *Garnet's Trial* (1606), 2 How. St. Tr. 218; *Wheeler v. Le Marchant* (1881), 17 Ch. 675; *R. v. Hay* (1860), 2 F. & F. 4, 175 E.R. 933; *Gill v. Bouchard* (1896), 5 B.R. 138; *Ouellet v. Sicotte* (1896), 9 C.S. 463; *R. v. Medina*, (C.S. Ont., 17 octobre 1988, inédit); *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515; *In re Keller* (1887), 22 L.R.I. 158; *Tannian v. Synnott* (1903), 37 I.L.T. & Sol. J. 275; *R. v. Lynch*, [1954] Tas. S.R. 47; *People v. Edwards*, 248 Cal.Rptr. 53 (1988), cert. refusé 109 S.Ct. 1158 (1989); *Mullen v. U.S.*, 263 F.2d 275 (1959); *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254; *Soliciteur général du Canada v. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *Descôteaux c. Mierzynski*, [1982] 1 R.C.S. 860.

#### Lois et règlements cités

*Articuli Cleri*, 9 Éd. 2, ch. 10 (Angl. 1315).  
*Charte canadienne des droits et libertés*, préambule, art. 2a), b), 27.  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 9.  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 37.  
*Evidence Act*, R.S.N. 1970, ch. 115, art. 6.  
*Evidence Act (Tasmanie)*, 1910, art. 96(1).  
*Evidence Act (Victoria)*, 1958, n° 6246, art. 28.  
*Evidence Amendment Act (No. 2)* (Nouvelle-Zélande), 1980, art. 31.  
*Evidence (Religious Confessions) Amendment Act* (Nouvelle-Galles du Sud), 1989.

#### Doctrine citée

Bentham, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence*, vol. IV. London: Hunt and Clark, 1827.  
Campbell, Simone, Sr. «Catholic Sisters, Irregularly Ordained Women and The Clergy-Penitent Privilege» (1976), 9 *U.C. Davis L. Rev.* 523.  
Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1975.  
Canada. Commission de réforme du droit. Section de recherche sur le droit de la preuve, document préliminaire n° 12. *La preuve: Le secret professionnel devant les tribunaux*. Ottawa: Commission de réforme du droit, 1975.  
Chambers, Robert and Mitchell McInnes. Commentary on *R. v. Church of Scientology and Zaharia* (1989), 68 *R. du B. can.* 176.

- Cole, William A. "Religious Confidentiality and the Reporting of Child Abuse: A Statutory and Constitutional Analysis" (1988), 21 *Colum. J.L. & Soc. Probs.* 1.
- Cotton, Barbara. "Is there a Qualified Privilege at Common Law for Non-Traditional Classes of Confidential Communications? Maybe" (1990), 12 *Advocates' Q.* 195.
- Goldsmith, Michael and Kathryn Ogden Balmforth. "The Electronic Surveillance of Privileged Communications: A Conflict in Doctrines" (1991), 64 *S. Cal. L. Rev.* 903.
- Halsbury's Laws of England*, 4th ed. (reissued), vol. 11(2). London: Butterworths, 1990.
- Hogan, Edward A. "A Modern Problem on the Privilege of the Confessional" (1951), 6 *Loyola L. Rev.* 1.
- Lindsay, James R. "Privileged Communications Part I: Communications with Spiritual Advisors" (1959), 13 *N. Ir. L.Q.* 160.
- Lyon, J. Noel. "Privileged Communications — Penitent and Priest" (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 327.
- McLachlin, Beverley. "Confidential Communications and the Law of Privilege" (1977), 2 *U.B.C. L. Rev.* 266.
- Mitchell, Mary Harter. "Must Clergy Tell? Child Abuse Reporting Requirements Versus the Clergy Privilege and Free Exercise of Religion" (1987), 71 *Minn. L. Rev.* 723.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: Ontario Law Reform Commission, Ministry of the Attorney General, 1976.
- Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. *Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 2. (The McRuer Report). Toronto: Queen's Printer, 1968.
- Plantamura, Michael G. "The Clergyman-Penitent Privilege". In Scott N. Stone and Ronald S. Liebman, eds., *Testimonial Privileges*. Colorado Springs, Colo.: Shepard's/McGraw-Hill, 1983.
- Pollock, Sir Frederick and Frederic William Maitland. *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2nd ed. (reissued). Cambridge: Cambridge University Press, 1968.
- Reese, Seward. "Confidential Communications to the Clergy" (1963), 24 *Ohio St. L.J.* 55.
- Reeves, John. *History of the English Law*, 2nd ed., vol. 2. New York: Augustus M. Kelley, 1787. Reprinted South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, Inc., 1969.
- Ryan, H. R. S. "Obligation of the Clergy not to Reveal Confidential Information" (1991), 73 *C.R.* (3d) 217.
- Sim, Peter. "Privilege and Confidentiality: The Impact of Slavutych v. Baker on the Canadian Law of Evidence" (1984-85), 5 *Advocates' Q.* 357.
- Cole, William A. «Religious Confidentiality and the Reporting of Child Abuse: A Statutory and Constitutional Analysis» (1988), 21 *Colum. J.L. & Soc. Probs.* 1. Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada. *La preuve au Canada. Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1983.
- Cotton, Barbara. «Is there a Qualified Privilege at Common Law for Non-Traditional Classes of Confidential Communications? Maybe» (1990), 12 *Advocates' Q.* 195.
- Goldsmith, Michael and Kathryn Ogden Balmforth. «The Electronic Surveillance of Privileged Communications: A Conflict in Doctrines» (1991), 64 *S. Cal. L. Rev.* 903.
- Halsbury's Laws of England*, 4th ed. (reissued), vol. 11(2). London: Butterworths, 1990.
- Hogan, Edward A. «A Modern Problem on the Privilege of the Confessional» (1951), 6 *Loyola L. Rev.* 1.
- Lindsay, James R. «Privileged Communications Part I: Communications with Spiritual Advisors» (1959), 13 *N. Ir. L.Q.* 160.
- Lyon, J. Noel. «Privileged Communications — Penitent and Priest» (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 327.
- McLachlin, Beverley. «Confidential Communications and the Law of Privilege» (1977), 2 *U.B.C. L. Rev.* 266.
- Mitchell, Mary Harter. «Must Clergy Tell? Child Abuse Reporting Requirements Versus the Clergy Privilege and Free Exercise of Religion» (1987), 71 *Minn. L. Rev.* 723.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: Ontario Law Reform Commission, Ministry of the Attorney General, 1976.
- Ontario. Royal Commission Inquiry into Civil Rights. *Report of the Royal Commission Inquiry into Civil Rights*, vol. 2. (The McRuer Report). Toronto: Queen's Printer, 1968.
- Plantamura, Michael G. «The Clergyman-Penitent Privilege». In Scott N. Stone and Ronald S. Liebman, eds., *Testimonial Privileges*. Colorado Springs, Colo.: Shepard's/McGraw-Hill, 1983.
- Pollock, Sir Frederick and Frederic William Maitland. *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2nd ed. (reissued). Cambridge: Cambridge University Press, 1968.
- Reese, Seward. «Confidential Communications to the Clergy» (1963), 24 *Ohio St. L.J.* 55.
- Reeves, John. *History of the English Law*, 2nd ed., vol. 2. New York: Augustus M. Kelley, 1787. Reprinted South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, Inc., 1969.

- Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
- Stoyles, Robert L. "The Dilemma of the Constitutionality of the Priest-Penitent Privilege — The Application of the Religion Clauses" (1967), 29 *U. Pitt. L. Rev.* 27.
- Tiemann, William Harold and John C. Bush. *The Right to Silence: Privileged Clergy Communication and the Law*, 2nd ed. Nashville: Abingdon Press, 1983.
- Uniform Law Conference of Canada. *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswell, 1982.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.
- Yellin, Jacob M. "The History and Current Status of the Clergy-Penitent Privilege" (1983), 23 *Santa Clara L. Rev.* 95.
- Ryan, H. R. S. «Obligation of the Clergy not to Reveal Confidential Information» (1991), 73 C.R. (3d) 217.
- Sim, Peter. «Privilege and Confidentiality: The Impact of Slavutych v. Baker on the Canadian Law of Evidence» (1984-85), 5 *Advocates' Q.* 357.
- Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*. Toronto: Butterworths, 1974.
- Stoyles, Robert L. «The Dilemma of the Constitutionality of the Priest-Penitent Privilege — The Application of the Religion Clauses» (1967), 29 *U. Pitt. L. Rev.* 27.
- Tiemann, William Harold and John C. Bush. *The Right to Silence: Privileged Clergy Communication and the Law*, 2nd ed. Nashville: Abingdon Press, 1983.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*. McNaughton Revision, vol. 8. Boston: Little, Brown & Co., 1961.
- Yellin, Jacob M. «The History and Current Status of the Clergy-Penitent Privilege» (1983), 23 *Santa Clara L. Rev.* 95.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 55 Man. R. (2d) 289, 68 C.R. (3d) 382, dismissing an appeal from conviction by Krindle J. sitting with jury. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 55 Man. R. (2d) 289, 68 C.R. (3d) 382, qui a rejeté l'appel interjeté contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Krindle siégeant avec jury. Pourvoi rejeté.

*Allan S. Manson*, for the appellant.

*Allan S. Manson*, pour l'appelante.

*J. G. B. Dangerfield, Q.C.*, for the respondent.

*J. G. B. Dangerfield, c.r.*, pour l'intimée.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ. was delivered by

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci rendu par

LAMER C.J.—This case, an appeal from a jury conviction for first degree murder, involves the alleged inadmissibility of certain evidence: the testimony of a pastor and lay counsellor of the Victorious Faith Centre Church regarding communications made to them by the appellant regarding her involvement in the murder. The appellant argues that the communications were privileged, and therefore inadmissible, both on the basis of the common law and on the basis of s. 2(a) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Two further issues raised on appeal relate to the fairness of the trial judge's charge to the jury.

LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi contre une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré prononcée par un jury porte sur la prétenue inadmissibilité de certains éléments de preuve: le témoignage d'un pasteur et d'une conseillère laïque de la Victorious Faith Centre Church concernant des communications qui leur ont été faites par l'appelante sur son implication dans le meurtre. L'appelante soutient que les communications étaient privilégiées et, par conséquent, inadmissibles aux termes de la common law et de l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Deux autres questions, soulevées dans le pourvoi, se rapportent à l'équité de l'exposé du juge du procès au jury.

The appellant and her co-accused, Mr. Fosty, were convicted at trial and appealed unsuccessfully to the Manitoba Court of Appeal. Ms. Gruenke was granted leave to appeal to this Court; Mr. Fosty is not in appeal to this Court.

This case requires the Court to consider whether a common law *prima facie* privilege for religious communications should be recognized or whether claims of privilege for such communications should be dealt with on a case-by-case basis. The Court has also been invited to consider how the constitutional guarantee of freedom of conscience and religion impacts on these questions.

### The Facts

The appellant was (at the time of the incident) a 22-year-old woman, trained in reflexology (reflexology is a form of therapy like acupressure). The victim, Philip Barnett, was an 82-year-old client of Ms. Gruenke who had befriended both Ms. Gruenke and her mother (the appellant's father died of leukemia when she was 15). Mr. Barnett loaned money to Ms. Gruenke to start her own reflexology business and had provided her with a car and an allowance. In his will, Mr. Barnett had left a life interest in his estate to the appellant. Ms. Gruenke testified that she considered Mr. Barnett to be a "surrogate father". At one point, Ms. Gruenke and the victim had lived together in a platonic relationship; however, she moved back to her mother's home after Mr. Barnett began to express jealousy over her relationships with men and to make unwelcome sexual advances toward her. After she moved home, Mr. Barnett would telephone her and visit her from time to time and his requests for sex became more and more insistent. Ms. Gruenke testified that she had become frightened of Mr. Barnett and did not want to be alone with him.

About the time Ms. Gruenke moved back home, she began to feel very ill and tired. She became convinced that she had leukemia (like her father) and

L'appelante et son coaccusé, M. Fosty, ont été déclarés coupables au procès et ont interjeté appel sans succès à la Cour d'appel du Manitoba. Mademoiselle Gruenke a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour; M. Fosty n'a pas formé de pourvoi devant nous.

La présente affaire exige que la Cour examine si l'existence d'un privilège *prima facie* de common law relatif à des communications de nature religieuse devrait être reconnu ou si des demandes de privilège pour de telles communications devraient être traitées selon les circonstances de chaque cas. On a également demandé à la Cour d'examiner l'effet de la garantie constitutionnelle de la liberté de conscience et de religion sur ces questions.

### Les faits

L'appelante, une femme de 22 ans (au moment de l'incident), avait reçu une formation en réflexologie (la réflexologie est une forme de thérapie comme l'acupression). La victime, Philip Barnett, était un client de M<sup>me</sup> Gruenke, âgé de 82 ans, qui s'était lié d'amitié avec celle-ci et sa mère (le père de l'appelante est mort de leucémie lorsqu'elle était âgée de 15 ans). Monsieur Barnett a prêté de l'argent à M<sup>me</sup> Gruenke pour qu'elle lance sa propre entreprise de réflexologie et il lui a fourni une voiture et une allocation. Dans son testament, M. Barnett avait prévu que l'appelante aurait un droit viager dans sa succession. Mademoiselle Gruenke a témoigné qu'elle considérait M. Barnett comme un [TRADUCTION] «père nourricier». À un certain moment, M<sup>me</sup> Gruenke et la victime ont vécu ensemble dans une relation platonique; toutefois, elle est revenue chez sa mère après que M. Barnett eut commencé à être jaloux de ses fréquentations masculines et à lui faire des avances sexuelles importunes. Après qu'elle fut retournée à la maison, M. Barnett lui a téléphoné et lui a rendu visite à l'occasion et ses demandes de rapports sexuels se sont faites de plus en plus insistantes. Mademoiselle Gruenke a témoigné qu'elle avait commencé à avoir peur de M. Barnett et qu'elle ne voulait pas être seule avec lui.

Au moment où M<sup>me</sup> Gruenke est revenue à la maison, elle a commencé à se sentir très malade et fatiguée. Elle est devenue convaincue qu'elle avait la

began attending the Victorious Faith Centre (a born-again Christian Church) with the hope of receiving both physical and emotional healing. The church pastor, Ms. Harmony Thiessen, assigned a counsellor, Ms. Janine Frovich, to work with the appellant.

On November 28, 1986, Mr. Barnett telephoned Ms. Gruenke, again asking her to have sex with him, and insisted that he was coming over to see her. The appellant testified that she was frightened and asked her boyfriend (the co-accused) Mr. Fosty, to come over and wait outside in his car in case she needed him. Mr. Barnett arrived and Ms. Gruenke sat in his car and talked to him. According to Ms. Gruenke, Mr. Barnett suddenly pulled out of the driveway and drove off, saying that he had done a great deal for her and it was time for her to "repay his kindness". She said she attempted to jump out of the car while it was moving and a struggle ensued; eventually Mr. Barnett stopped the car. Ms. Gruenke testified that she struck Mr. Barnett with a piece of wood which was in the car and then the struggle continued outside with her and Mr. Barnett wrestling on the ground. She says then she saw Mr. Fosty's feet approaching, but could not recall much past this point, other than that she saw Mr. Barnett covered in blood before she and Mr. Fosty drove away. Later she remembered washing the car and going to a hotel with Mr. Fosty.

The testimony at trial revealed that the victim had been found in the front seat of his car which was in a ditch off the highway, not far from Ms. Gruenke's home. The victim's head had been severely battered with a heavy, blunt instrument consistent with a nail puller which Mr. Fosty had owned and had sold on the evening the victim was murdered. There was other physical evidence connecting Mr. Fosty and the appellant to the murder. Mr. Fosty did not testify at the trial, but the theory of the defence was that Mr. Fosty had killed Mr. Barnett in the course of defending Ms. Gruenke and that she had had little or nothing to do with the victim's death. The theory of the Crown was that Ms. Gruenke had enlisted the aid of Mr. Fosty in planning and committing the murder of

leucémie (comme son père) et a commencé à se rendre au Victorious Faith Centre (une Église chrétienne régénérée) dans l'espoir de recevoir une guérison physique et émotionnelle. Le pasteur de l'Église, M<sup>me</sup> Harmony Thiessen a demandé à une conseillère, M<sup>me</sup> Janine Frovich, de travailler avec l'appelante.

Le 28 novembre 1986, M. Barnett a téléphoné à M<sup>me</sup> Gruenke pour lui demander encore une fois d'avoir des rapports sexuels avec lui et a insisté pour aller lui rendre visite. L'appelante a témoigné qu'elle était effrayée et a demandé à son ami (le coaccusé) M. Fosty de venir et d'attendre à l'extérieur dans sa voiture au cas où elle aurait besoin d'aide. Monsieur Barnett est arrivé et M<sup>me</sup> Gruenke s'est assise dans sa voiture et lui a parlé. Selon M<sup>me</sup> Gruenke, M. Barnett a soudainement fait reculer sa voiture hors de l'entrée et a démarré. Il a dit qu'il avait fait beaucoup pour elle et qu'il était temps qu'elle le [TRADUCTION] «récompense de sa gentillesse». Elle a dit qu'elle a tenté de sauter hors de la voiture en marche ce qui a entraîné une bagarre; M. Barnett a finalement immobilisé la voiture. Mademoiselle Gruenke a témoigné avoir frappé M. Barnett avec un morceau de bois qui se trouvait dans la voiture et ensuite la bagarre s'est poursuivie à l'extérieur par terre. Elle a dit qu'elle a ensuite aperçu les pieds de M. Fosty qui s'approchait et, à partir de ce moment-là, tout ce dont elle se souvient, c'est d'avoir aperçu M. Barnett couvert de sang avant que M. Fosty et elle-même ne partent en voiture. Elle s'est souvenue avoir, plus tard, lavé l'auto et être allée à l'hôtel avec M. Fosty.

g

Selon les témoignages rendus au procès, la victime a été trouvée sur la banquette avant de sa voiture qui se trouvait dans un fossé sur le bord de la route, à faible distance de la maison de M<sup>me</sup> Gruenke. La victime avait été frappée violemment à la tête au moyen d'un lourd instrument contondant qui correspond à un arrache-clou qui avait appartenu à M. Fosty et qu'il avait vendu le soir du meurtre. Il y avait d'autres éléments de preuve matérielle liant M. Fosty et l'appelante au meurtre. Monsieur Fosty n'a pas déposé au procès mais, selon la théorie de la défense, M. Fosty aurait tué M. Barnett pour défendre M<sup>me</sup> Gruenke qui n'avait peu ou rien à voir avec le décès de la victime. La théorie du ministère public était que M<sup>me</sup> Gruenke avait demandé l'aide de

i

Mr. Barnett both to stop his sexual harassment of Ms. Gruenke and to benefit from the provisions of his will.

The evidence of Harmony Thiessen (the pastor) and Janine Frovich (the counsellor), which was ruled admissible by the trial judge, directly supported the Crown's theory. The communications between the appellant, Pastor Thiessen and Ms. Frovich took place two days after Mr. Barnett's death. Ms. Frovich went to visit the appellant at her home after hearing of Mr. Barnett's death. After the appellant began to speak of her involvement in the murder, she and Ms. Frovich moved to the Frovich home, where there was a more "peaceful atmosphere", and Ms. Frovich telephoned Pastor Thiessen. The appellant and Ms. Frovich then met Pastor Thiessen at the church, where the discussion continued. Later, the appellant went home with Ms. Frovich and Mr. Fosty came by. I have reproduced the significant portions of this evidence below:

Pastor Thiessen:

Q: When you asked what this was all about, what did Ms. Gruenke tell you?

A: Well, she said that someone had been killed. That is the way it was put to me.

Q: Did you put another question to clarify what she had been speaking about? Did you ask her what she meant?

A: Yes.

Q: What did she say to that?

A: She said that she had killed this person, this older gentleman.

Q: Did she give this older gentleman a name?

A: Phil.

Q: And what did she tell you?

M. Fosty pour planifier et commettre le meurtre de M. Barnett à la fois pour mettre fin à son harcèlement sexuel et pour bénéficier des dispositions du testament de ce dernier.

Les témoignages de Harmony Thiessen (le pasteur) et de Janine Frovich (la conseillère), qui ont été jugés recevables par le juge du procès, appuyaient directement la théorie du ministère public. Les communications entre l'appelante, le pasteur Thiessen et M<sup>me</sup> Frovich ont eu lieu deux jours après le décès de M. Barnett. Madame Frovich est allée rendre visite à l'appelante chez elle après avoir appris le décès de M. Barnett. Après que l'appelante eut commencé à parler de son implication dans le meurtre, elle s'est rendue avec M<sup>me</sup> Frovich à la maison de cette dernière où il régnait une «atmosphère plus paisible» et M<sup>me</sup> Frovich a téléphoné au pasteur Thiessen. L'appelante et M<sup>me</sup> Frovich ont ensuite rencontré le pasteur Thiessen à l'église où la discussion s'est poursuivie. Plus tard, l'appelante est allée à la maison avec M<sup>me</sup> Frovich et M. Fosty est arrivé. Voici les parties importantes de ce témoignage:

Le pasteur Thiessen:

[TRADUCTION]

Q: Lorsque vous avez demandé de quoi il s'agissait, qu'est-ce que M<sup>me</sup> Gruenke vous a dit?

R: Eh bien, elle a dit que quelqu'un avait été tué. C'est ainsi qu'elle me l'a dit.

Q: Avez-vous posé une autre question pour préciser de quoi elle parlait? Lui avez-vous demandé ce qu'elle voulait dire?

R: Oui.

Q: Qu'a-t-elle répondu?

R: Elle a dit qu'elle avait tué cette personne, ce vieux monsieur.

Q: A-t-elle nommé ce vieux monsieur?

R: Phil.

Q: Et que vous a-t-elle dit?

A: She said that her and - she went to pick up this old man, Phil, and that they went for a drive and that when they got to wherever, and I never asked her that detail, where it was, that she - she beat him up.

R: Elle a dit qu'elle et - elle est allée chercher ce vieil homme, Phil, et qu'ils sont allés faire une promenade en voiture et qu'arrivés à destination, et je ne lui ai jamais demandé de préciser où se trouvait cet endroit, c'est là qu'elle - elle l'a battu.

*a*

A: She told me that she had planned this. She thought about it. She went to pick him up. She went to pick him up to kill him.

R: Elle m'a dit qu'elle avait planifié cela. Elle y avait pensé. Elle est allée le chercher. Elle est allée le chercher pour le tuer.

*b*

Q: Did she tell you why she said that?

Q: Vous a-t-elle dit pourquoi elle a affirmé cela?

A: Because she was so angry with him.

R: Parce qu'elle était si fâchée contre lui.

Q: For what reason?

c Q: Pour quelle raison?

A: She told me that she had leukemia, that she believe [sic] she was dying, that Phil provided income for her and bought her treatment and whatnot to take care of it, that in exchange for that he was wanting sexual favours from her. We didn't really go into what detail and that it had gone on for some time. When it had first started it was no big deal. They were friends, but as time went on he got to be something that she just hated. She felt manipulated by him.

R: Elle m'a dit qu'elle avait la leucémie, qu'elle croyait qu'elle allait mourir, que Phil lui avait procuré un revenu et lui avait acheté des médicaments et les choses nécessaires pour la soigner et il voulait qu'elle lui accorde en échange des faveurs sexuelles. Nous ne sommes pas vraiment entrés dans les détails et elle m'a dit que cela durait depuis un certain temps. Au départ, ce n'était pas bien grave. Ils étaient simplement amis, mais avec le temps il a adopté un comportement qu'elle détestait simplement. Elle se sentait manipulée par lui.

*d**e*

Q: So she said then she planned to kill him.

Q: Alors elle a dit qu'elle avait planifié de le tuer.

A: Right.

f R: C'est exact.

#### Ms. Frovich:

#### Madame Frovich:

Q: When I say "alone", you had an opportunity to speak to Miss Gruenke by yourself.

Q: Lorsque je dis «seule», vous avez eu vous-même l'occasion de parler à M<sup>me</sup> Gruenke.

A: Yes, that's right.

g R: Oui, c'est exact.

Q: How did that conversation begin. What started the session.

Q: De quelle façon cette conversation a-t-elle commencée? Qu'est-ce qui a lancé la discussion?

A: There's lots of tension. I had made her something to eat because it was a concern of her mum that she have some nourishment, and after I fed the family they went downstairs to play and Adele [Gruenke] approached me about, what if someone had committed murder, could God forgive that. And, what if someone had committed murder, would they go to Hell. And I had this feeling, inside, that she was leading to something. So after a few of these "what if's" I said to her, what are you trying to tell me, Adele. And, she started weeping, and she told me, I killed Phil.

R: Il y avait beaucoup de tension. Je lui avais préparé quelque chose à manger parce que sa mère voulait qu'elle mange quelque chose et après que j'eus nourri la famille, ils sont descendus pour jouer et Adele [Gruenke] m'a demandé si une personne qui avait commis un meurtre pouvait être pardonnée par Dieu. Et, si quelqu'un avait commis un meurtre, irait-il en enfer? J'avais cette impression, à l'intérieur, qu'elle voulait en venir à quelque chose. Alors après quelques «qu'arrive-t-il si?», je lui ai demandé qu'est-ce que tu essaies de me dire, Adele. Elle s'est mise à pleurer et m'a dit, j'ai tué Phil.

*i**j*

A: Pastor Harmony specifically asked her, does it look that bad.

Q: Is that when Miss Gruenke told you what had happened.

A: That's right.

Q: What did you [sic] say had happened.

A: That she had beat Phil so badly and Pastor Harmony said, well, how badly; And she said, so badly that his guts were hanging out of his head and there was blood all over.

Q: Did she say at that time what she used.

A: No. I know it was a weapon of some sort in the car at that time but she didn't specifically say what she used then.

Q: So while you were trying to determine how awful this was, this is when you learned about the injuries that Adele said she had inflicted.

A: That's right, and Pastor Harmony made a comment that she was aking [sic] her, what made you think you could get away with this. Adele said she had it preplanned to be looking like a robbery; and Pastor Harmony said, well you are not a professional.

Q: Now she spoke of this business of needing money and fear of dying and the sexual harassment, I suppose is the word, did she say anything further about how she came to do this.

A: She had made a date with Phil and they were going to go on—she took him out of the city limits and so it would look like a robbery.

Q: Now, when you got home, was your husband there.

A: Yes, he was there.

Q: And did the three of you again continue this discussion.

A: Yes, we did. Adele made a comment that she would like to phone Jim Fosty because she felt that he needed to know that she was going to tell everybody the truth because they had made a prearrangement that if she got caught she would not implement [sic]

R: Le pasteur Harmony lui a précisément demandé est-ce si pire.

Q: Est-ce à ce moment que M<sup>me</sup> Gruenke vous a dit ce qui c'était produit?

R: C'est exact.

Q: Qu'a-t-elle dit au sujet des événements?

R: Qu'elle avait battu Phil tellement fort et le pasteur Harmony a demandé, bien, comment fort, et elle a dit, tellement fort que la cervelle lui sortait de la tête et il y avait du sang partout.

Q: A-t-elle dit alors ce qu'elle avait utilisé?

R: Non. Je sais qu'il s'agissait d'une arme quelconque qui se trouvait dans la voiture à ce moment-là, mais elle ne m'a pas dit précisément ce qu'elle avait utilisé.

Q: Alors pendant que vous tentiez de déterminer la gravité de cet acte, c'est à ce moment-là que vous avez été mise au courant des blessures qu'Adele disait avoir infligées.

R: C'est exact et le pasteur Harmony a fait remarquer qu'elle lui avait demandé comment elle avait pu penser s'en tirer. Adele a dit que cela avait été planifié pour ressembler à un vol et le pasteur Harmony a dit, bien, vous n'êtes pas une professionnelle.

f

Q: Ensuite, elle a parlé de cette affaire de besoin d'argent et de peur de mourir et du harcèlement sexuel, je suppose que c'est le terme exact, a-t-elle dit autre chose sur ce qui l'a poussé à agir ainsi?

g

R: Elle avait donné rendez-vous à Phil et ils devaient aller — elle l'a emmené hors de la ville pour que cela ressemble à un vol.

h

Q: Maintenant, lorsque vous êtes revenue à la maison est-ce que votre mari s'y trouvait?

R: Oui, il y était.

i

Q: Et avez-vous tous les trois poursuivi cette discussion?

j

R: Oui. Adele a fait remarquer qu'elle aimait téléphoner à Jim Fosty parce qu'elle était d'avis qu'il devait savoir qu'elle allait dire la vérité à tout le monde parce qu'ils avaient convenu que si elle se faisait prendre, elle ne le dénoncerait pas, alors elle estimait

him, so she felt he should know she was going to confess everything to the lawyer the next day so she asked if we would allow him to come into our home, and we said, sure.

*a*

Q: So you got yourselves ready for the evening, for the night, prepared a bed for her.

A: Hmm mm (yes).

Q: And Mr. Fosty appeared.

A: That's right.

qu'il devait savoir qu'elle allait tout avouer à l'avocat le lendemain, et elle a demandé si on lui permettrait de venir chez nous et nous avons dit, certainement.

*a*

Q: Alors vous vous êtes préparées pour la soirée, pour la nuit, et vous lui avez préparé un lit.

R: Hmm mm (oui).

Q: Et M. Fosty est arrivé.

R: C'est exact.

*c*

A: He was very visibly upset. He seemed very warm and friendly with us, and very open, and he made a comment that this was a stupid plan and he wished he had never gone along with it.

R: Il était visiblement très bouleversé. Il a semblé très chaleureux et amical avec nous et très ouvert et il a dit qu'il s'agissait d'un plan stupide et qu'il n'aurait jamais dû le mettre à exécution.

*d*

Q: You and Adele retired to your bedroom.

A: That's right.

Q: In the bedroom did the subject of the death of Phil Barnett come up again.

A: Yes, it did.

Q: And what did Miss Gruenke had [sic] to say about that.

A: She felt very guilty about Jim's [Fosty] involvement in it. That she had to get him involved. And, she was very upset. She felt like she betrayed him by having to tell the truth but she also wanted him to have the opportunity to say the truth so he could have that feeling of no guilt, and she made a comment that he—that Jim had also hit Phil and she looked a little upset that she had told me that. She said, I shouldn't have said that to you.

Q: Adele et vous êtes allées dans votre chambre à coucher.

R: C'est exact.

Q: Dans la chambre à coucher, avez-vous parlé de nouveau de la mort de Phil Barnett?

R: Oui, nous l'avons fait.

Q: Et qu'est-ce que M<sup>lle</sup> Gruenke a dit à ce sujet?

R: Elle se sentait très coupable à l'égard de l'implication de Jim [Fosty]. Qu'elle avait dû l'impliquer. Et elle était très bouleversée. Elle estimait qu'elle l'avait trahi en étant obligé de dire la vérité, mais elle voulait également qu'il ait l'occasion de dire la vérité pour qu'il ne ressente plus de culpabilité et elle a fait remarquer qu'il — que Jim avait également frappé Phil et elle a semblé quelque peu bouleversée de me l'avoir dit. Elle a dit, je n'aurais pas dû vous dire cela.

*i*

Q: Now during this period of time, you are alone after Mr. Fosty had made his comments to you and your husband, did she discuss any further what brought her to do this, or how she had come to do it, or when she decided to do it.

Q: Maintenant, pendant ce temps, vous êtes seules après que M. Fosty a fait ses observations à vous et votre mari, a-t-elle précisé ce qui l'avait poussée à agir ainsi ou comment elle en était venue à le faire ou quand elle avait décidé de le faire?

A: She said that she knew it had to be done by no later than Friday because - she didn't say why it had to be,

R: Elle a dit qu'elle savait que cela devait être fait au plus tard le vendredi parce que - elle n'a pas dit pour-

*j*

but she was desperate. She said she had to have it done by Friday, and that she was thinking of various ways throughout the week to commit this murder.

a

And, she gave an example that she was thinking of different ways of murdering him. One was a drowning in the bathtub, but she thought [sic] that might incriminate her more because her pictures are all over his apartment and she wasn't sure how she was going to dispose of the body, so she planned this one.

b

At the conclusion of the trial, the jury deliberated for five hours and returned a verdict of guilty of first degree murder for both accused. Both accused appealed unsuccessfully to the Manitoba Court of Appeal. Ms. Gruenke was granted leave to appeal to this Court on June 29, 1989.

d

#### Judgments Below

*Manitoba Court of Queen's Bench* (Krindle J., October 16, 1987 unreported)

e

#### 1. Motion to Exclude Evidence

During the course of the trial, counsel for the appellant made a motion to have the prospective testimony of Pastor Thiessen and Janine Frovich excluded on the grounds that it constituted inadmissible privileged communications both under the common law and s. 2(a) of the *Charter*. Counsel did not request that a formal *voir dire* be held and none was held (although the motion was heard in the absence of the jury). The trial judge relied on the transcript of the Preliminary Inquiry and on the submissions of counsel.

f

Krindle J., relying on *Re Church of Scientology and The Queen* (No. 6) (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, held that there was no recognized class privilege accorded to priest and penitent relationships in Canada and, therefore, no *prima facie* entitlement to privilege. She stated that while it was not her preferred approach, she was bound to determine the admissibility of such communications on a case-by-case basis. Accordingly, she held that the evidence

g

h

i

j

quoi, mais elle était désespérée. Elle a dit qu'elle devait le faire au plus tard le vendredi et que, pendant la semaine, elle avait pensé à diverses manières de commettre ce meurtre.

Et, elle a donné un exemple des manières dont elle avait pensé de le tuer. L'une était par noyade dans le bain, mais elle croyait que cela pourrait l'incriminer parce qu'il y avait des photos d'elle partout dans son appartement et elle n'était pas certaine de la façon dont elle allait se débarrasser du corps, alors elle a planifié cette manière-ci.

À la fin du procès, le jury a délibéré pendant cinq heures et a rendu un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré à l'égard des deux accusés. Les deux accusés ont interjeté appel sans succès à la Cour d'appel du Manitoba. Mademoiselle Gruenke a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour le 29 juin 1989.

#### Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

*Cour du Banc de la Reine du Manitoba* (le juge Krindle, 16 octobre 1987, inédit)

#### 1. Requête visant à exclure des éléments de preuve

Au cours du procès, l'avocat de l'appelante a présenté une requête pour que les témoignages éventuels du pasteur Thiessen et de Janine Frovich soient exclus pour le motif qu'il s'agissait de communications privilégiées inadmissibles aux termes de la common law et de l'al. 2a) de la *Charte*. L'avocat n'a pas demandé la tenue d'un *voir-dire* formel et il n'y en a pas eu (bien que la requête ait été entendue en l'absence du jury). Le juge du procès s'est fondée sur la transcription de l'enquête préliminaire et sur les arguments de l'avocat.

Se fondant sur l'arrêt *Re Church of Scientology and The Queen* (No. 6) (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, le juge Krindle a conclu qu'il n'y avait pas de privilège générique accordé au secret de la confession au Canada et, par conséquent, qu'il n'y avait pas, à première vue, droit à un privilège. Elle a dit que, même s'il ne s'agissait pas de sa position préférée, elle était tenue de déterminer la recevabilité de ces communications en fonction de chaque cas. En conséquence,

was admissible in this case based on the following reasons:

- The communications between the appellant and Ms. Frovich were not protected by any privilege because Ms. Frovich would not "qualify" as a priest as she was not an ordained Minister and was more akin to a social worker.

- The communications to Pastor Thiessen had already been revealed to the police and during the Preliminary Inquiry. "So, we are not talking about things becoming public that once were secret".

- Confidentiality of communications was not necessary to the operation of the Victorious Faith Church in the same way that it is to a priest in a confession. Rather, confidentiality was simply a means to effective "social working".

- The requirement that the witnesses testify as to what the appellant had told them did not interfere with the appellant's freedom of religion (or with others' freedom of religion). People would not be stopped from going to the Victorious Faith Center and were free to worship as they chose.

- The evidence to be gained was highly critical and could not have been obtained otherwise.

- The criminal charge in issue was the most serious known to law.

## 2. Jury Charge

Given that one of the grounds of appeal is that the jury charge was unfair, I will briefly describe certain relevant portions of Krindle J.'s charge to the jury.

In commenting on the evidence of a defence psychiatrist, Dr. Shane, who had questioned the appellant about her involvement in the murder under hypnosis and sodium amytal, Krindle J. (presumably referring to Dr. Shane's statement that he was impressed with Ms. Gruenke's credibility under hypnosis) stated:

Dr. Shane is qualified to offer opinions in the realm of psychiatric medicine. He is not a lie detector machine. He is not an expert on who is telling the truth.

elle a conclu que les témoignages étaient recevables dans cette affaire pour les motifs suivants:

*a* - Les communications entre l'appelante et M<sup>me</sup> Frovich n'étaient pas protégées par un privilège parce que cette dernière n'avait pas les «qualifications nécessaires» pour être prêtre puisqu'elle n'avait pas été ordonnée pasteur et qu'elle s'apparentait davantage à une travailleuse sociale.

*b* - Les communications faites au pasteur Thiessen avaient déjà été révélées aux policiers et au cours de l'enquête préliminaire. [TRADUCTION] «Ainsi, nous ne parlons pas de choses secrètes qui deviennent publiques».

*c* - Le caractère confidentiel des communications n'était pas nécessaire à l'exploitation de la Victorious Faith Church de la même manière que pour un prêtre lors d'une confession. Plutôt, le caractère confidentiel constituait simplement un moyen d'effectuer du «travail social» efficace.

*d* - L'exigence voulant que les témoins déposent sur ce que l'appelante leur avait dit ne portait pas atteinte à la liberté de religion de l'appelante (ni à la liberté de religion d'autrui). Les gens ne seraient pas empêchés d'aller au Victorious Faith Center et seraient libres de pratiquer à leur gré.

- L'élément de preuve qui aurait été obtenu était très crucial et n'aurait pu être obtenu autrement.

*e* - L'accusation criminelle visée était la plus grave selon la loi.

## 2. Exposé au jury

*g* Étant donné que l'un des moyens d'appel portait que l'exposé au jury était inéquitable, je vais décrire brièvement certaines parties pertinentes des directives du juge Krindle au jury.

*h* Dans ses commentaires sur le témoignage d'un psychiatre de la défense, le Dr. Shane, qui a interrogé l'appelante sur son implication dans le meurtre, alors qu'elle était sous hypnose et sous l'effet de l'amytal sodique, le juge Krindle (qui faisait présument allusion à la déclaration du Dr. Shane selon lequel il était impressionné par la crédibilité de M<sup>me</sup> Gruenke sous hypnose) a dit:

[TRADUCTION] Le Dr. Shane est compétent pour donner des opinions dans le domaine de la médecine psychiatrique. Il n'est pas un détecteur de mensonges. Il

He should not have commented before you on his opinion on credibility. He has no expertise in that area. I ask you to disregard any comments he may have made in that connection.

n'est pas un expert pour déterminer qui dit la vérité. Il n'aurait pas dû faire d'observations devant vous sur son opinion quant à la crédibilité. Il n'a aucune expertise dans ce domaine. Je vous demande de ne pas tenir compte des observations qu'il peut avoir faites à cet égard.

In reviewing the evidence of Pastor Thiessen and Ms. Frovich, Krindle J. highlighted the fact that Ms. Gruenke had not specifically denied having stated that she had considered killing Mr. Barnett by drowning him, despite the fact that she had not been asked about this either in direct or cross-examination.

Dans l'examen des témoignages du pasteur Thiessen et de Mme Frovich, le juge Krindle a souligné le fait que Mme Gruenke n'avait pas précisément nié avoir dit qu'elle avait envisagé de noyer M. Barnett, malgré qu'on ne le lui ait pas demandé en interrogatoire ou en contre-interrogatoire.

In stating the theory of the Crown, Krindle J. made the following comments regarding the evidence of planning and deliberation:

Lorsqu'elle a exposé la théorie du ministère public, le juge Krindle a fait les commentaires suivants concernant la preuve de la planification et du caractère délibéré:

I think you have to wonder and pay attention to the problem of what Fosty was doing sitting hidden in a car down the block. That strikes me as being an important piece of evidence when you are stopping to think about were people planning to do anything. Was there a plan. The Defense suggests that Fosty was sitting outside down the block in his car because Gruenke was frightened and was anticipating trouble. Gruenke herself says that her brother was home. She also says that she did not expect Phil [Barnett] to drive away with her in the car. As an aside to that, that is not consistent with what the women from the church recall her saying on that Sunday night. They say she told them, she asked Phil to go for a ride ostensibly to discuss their sexual problems but actually to get him out of town to kill him. In any event get him back to the car sitting down the block.

[TRADUCTION] Je suis d'avis que vous avez à songer et à prêter attention au problème de ce que faisait Fosty alors qu'il était assis et caché dans une voiture plus loin dans la rue. Je considère cela comme un élément de preuve important lorsque vous vous arrêtez pour vous demander si des personnes planifiaient quelque chose. Y avait-il un plan? La défense soutient que Fosty était assis dans sa voiture plus loin dans la rue parce que Gruenke était effrayée et prévoyait qu'elle aurait des ennuis. Gruenke elle-même a dit que son frère était à la maison. Elle a également dit qu'elle ne s'attendait pas à ce que Phil [Barnett] parte en voiture avec elle. À ce propos, cela ne correspond pas à ce que les femmes de l'Église se rappellent qu'elle leur a dit ce dimanche soir. Elles soutiennent qu'elle leur a dit, elle a demandé à Phil d'aller faire une promenade, apparemment pour discuter de leurs problèmes sexuels mais en réalité pour le faire sortir de la ville et le tuer. De toute façon, revenons au fait qu'il était assis dans la voiture plus loin dans la rue.

According to Gruenke she was shocked when Phil drove away with her in the car. She also says, however, that she expected Fosty to follow. I have a problem with it. If Gruenke was expecting to go nowhere with Phil why would she have Fosty parked in the car down the block. If she anticipated needing his help she would either need it at home or she needed it in her driveway. Why hide Fosty in a car some distance away. Why hide Fosty at all for that matter. Put him in the livingroom or in clear view if you think you are going to need help. I've tried to understand the Defense's position on why Fosty was hidden in a car down the block and I'm afraid I don't understand it. You heard the witness. You heard

Selon Gruenke, elle a été secouée lorsque Phil est parti avec elle dans la voiture. Toutefois, elle a également dit qu'elle s'attendait à ce que Fosty les suive. Cela me pose un problème. Si Gruenke ne s'attendait pas à partir en voiture avec Phil pourquoi avait-elle demandé à Fosty de se stationner plus loin dans la rue. Si elle prévoyait avoir besoin de son aide, elle en aurait eu besoin à la maison ou dans son entrée. Pourquoi dissimuler Fosty dans une voiture à une certaine distance. Pourquoi cacher Fosty. Placez-le dans le salon ou bien en vue si vous croyez avoir besoin d'aide. J'ai tenté de comprendre la position de la défense quant à la raison pour laquelle Fosty était caché dans une voiture plus

her explanation. I leave it to you and to your common sense. Can you think of a reasonable explanation as to why Fosty would be hidden in a car down the block to protect the Accused Gruenke who says she didn't expect to be going anywhere with Phil. [Emphasis added.]

*a* loin dans la rue et j'ai bien peur de ne pas la comprendre. Vous avez entendu le témoin. Vous avez entendu son explication. Je m'en remets à vous et à votre bon sens. Pouvez-vous imaginer une explication raisonnable au fait que Fosty soit dissimulé dans une voiture plus loin dans la rue pour protéger l'accusée Gruenke qui dit qu'elle ne s'attendait pas à partir avec Phil. [Je souligne.]

In regard to Mr. Fosty's claim to the defence of defence or protection of another under s. 37 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, the trial judge stated:

Finally, yesterday, Mr. Wolch mentioned the possibility of self defense and in defense of another. The law clearly recognizes the right of a person to defend himself or defend someone in his charge but the law is equally clear that there has to be a proportionality between the threat defended against and the degree of force used to repel that threat. The degree of force here is so manifestly excessive that I am not putting the defense of self defense to you for your consideration.

*b* Quant au moyen de défense de M. Fosty, fondé sur la défense ou la protection d'une autre personne aux termes de l'art. 37 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, le juge du procès a dit:

*c* [TRADUCTION] Finalement, hier, M<sup>e</sup> Wolch a mentionné la possibilité de la légitime défense et de la défense d'une autre personne. La loi reconnaît clairement le droit d'une personne de se défendre elle-même ou de défendre quelqu'un sous sa garde, mais la loi stipule aussi clairement qu'il doit y avoir un élément de proportionnalité entre la menace contre laquelle on se défend et le degré de la force utilisée pour repousser cette menace. En l'espèce, le degré de force est manifestement si excessif que je ne soumets pas à votre examen le moyen de défense fondé sur la légitime défense.

*d* *e* Après avoir soustrait ce moyen de défense à l'examen du jury, le juge Krindle n'a pas dit que le jury pouvait encore tenir compte de l'explication (c.-à-d. la protection de M<sup>e</sup> Gruenke) pour déterminer si elle avait été impliquée dans le meurtre et dans quelle mesure.

*f* *g* *Cour d'appel du Manitoba* (1989), 55 Man. R. (2d) 289, *per* Twaddle J.A.

Having removed this defence from the jury, Krindle J. did not go on to say that the explanation (i.e., protecting Ms. Gruenke) could still be considered by the jury in determining whether and to what extent she had been involved in the murder.

*h* *i* *Cour d'appel du Manitoba* (1989), 55 Man. R. (2d) 289, le juge Twaddle

The Court of Appeal found the allegation that the trial judge had failed to charge the jury adequately and fairly to be without merit. The charge was, in the court's view, full and fair as it affected the appellant. In this respect, Twaddle J.A. remarked that "[n]o doubt the charge was prejudicial to her, in the sense that it harmed her case, but no more so than was the inevitable result of any objective review of the evidence".

La Cour d'appel a conclu que l'argument selon lequel le juge du procès n'avait pas donné des directives adéquates et équitables au jury, était sans fondement. L'exposé était, de l'avis de la cour, complet et équitable relativement à l'appelante. À cet égard, le juge Twaddle a fait remarquer que [TRADUCTION] «[s]ans doute, l'exposé lui portait préjudice, en ce sens qu'il nuisait à ses arguments, mais pas plus que le résultat inévitable de tout examen objectif de la preuve».

Turning to the issue of the admissibility of the communications between the appellant, Pastor Thiessen and Janine Frovich, the court held that s. 2(a) of the *Charter* did not give rise to a new class of *prima facie* privileged communications which did not exist

Passant à la question de l'admissibilité des communications entre l'appelante, le pasteur Thiessen et Janine Frovich, la cour a conclu que l'al. 2a) de la *Charte* n'a pas donné naissance à une nouvelle catégorie de communications privilégiées à première vue

under the common law. The court relied on a statement of the Ontario Court of Appeal in *Re Church of Scientology, supra*, to the effect that while s. 2(a) may enhance a claim to privilege in a priest-penitent situation, its applicability would have to be determined on a case-by-case basis.

The court stated that the exclusion of relevant evidence could only be justified on grounds of public policy and that undue emphasis on particular categories such as: solicitor-client, state secrets, priest-penitent, etc., tends to shroud the real issue, which is whether there is a greater public interest in excluding the evidence than in admitting it. Given that the public interest in freedom of religion is clearly established by s. 2(a) of the *Charter*, it was the view of the court that in this case, the real issue was whether the admission of Ms. Gruenke's statements impinged upon her freedom of religion. The court stated that this was to be determined by considering the following questions: What is the religious practice? Was the confession made pursuant to that practice? What is the likely consequence of requiring disclosure on the individual's freedom of religion?

In considering these questions on the facts of the case at bar, Twaddle J.A. stated, at p. 299:

In the case at bar, I accept that the church to which the pastor and the counsellor belonged believed in the confession of sin. I also accept that the accused Gruenke was told that, if she told the truth, she would feel better spiritually as well as physically and emotionally. There is, however, no evidence of a church practice requiring that a confession be made in such circumstances. Nor is there evidence that the accused Gruenke made her confession pursuant to such a practice. There is nothing on the record which even suggests that the accused Gruenke's freedom of religion was impinged upon in any way by requiring the pastor and the counsellor to relate what was told to them by her on November 30, 1986. Indeed, the record suggests that the admissions were made by the accused Gruenke as much for her emotional comfort as for her spiritual well-being and that her religious belief required her to accept responsibility for her conduct. [Emphasis added.]

qui n'existe pas aux termes de la common law. La cour s'est fondée sur une déclaration de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re Church of Scientology*, précité, selon laquelle bien que l'al. 2a) puisse mettre en valeur une demande de privilège dans le cas du secret de la confession, son applicabilité devrait être déterminée en fonction de chaque cas.

*b* La cour a dit que l'exclusion d'éléments de preuve pertinents ne pouvait se justifier que par des motifs d'intérêt public et qu'une importance indue accordée à des catégories comme procureur-client, secrets d'État, confession, etc., ont tendance à masquer la véritable question qui est de savoir s'il est davantage dans l'intérêt public d'exclure l'élément de preuve que de l'admettre. Étant donné que l'intérêt public dans la liberté de religion est clairement établi par l'al. 2a) de la *Charte*, la cour était d'avis qu'en l'espèce la véritable question était de savoir si l'utilisation des déclarations de M<sup>me</sup> Gruenke portait atteinte à sa liberté de religion. La cour a dit que cette question devait être tranchée en examinant les questions suivantes: Qu'est-ce que la pratique religieuse? La confession a-t-elle été faite conformément à cette pratique? Quelle est la conséquence vraisemblable de l'exigence de communication sur la liberté de religion individuelle?

*f* En examinant ces questions à la lumière des faits de l'espèce, le juge Twaddle a dit, à la p. 299:

[TRADUCTION] En l'espèce, j'admet que l'Église à laquelle appartenait le pasteur et la conseillère croyait dans la confession des péchés. J'admet également qu'on a dit à l'accusée Gruenke que, si elle disait la vérité, elle se sentirait mieux tant sur le plan spirituel que sur les plans physique et émotif. Toutefois, il n'y a aucune preuve de l'existence d'une pratique de l'Église qui exige une confession en pareilles circonstances. Il n'y a pas non plus de preuve que l'accusée Gruenke s'est confessée conformément à une telle pratique. Il n'y a rien au dossier qui donne même à entendre qu'il y a eu une atteinte quelconque à la liberté de religion de l'accusée Gruenke du fait qu'on a demandé au pasteur et à la conseillère de raconter ce qu'elle leur a dit le 30 novembre 1986. En fait, il ressort du dossier que les aveux ont été faits par l'accusée Gruenke pour son bien-être tant sur le plan émotif que spirituel, et que sa croyance religieuse l'obligeait à assumer la responsabilité de sa conduite. [Je souligne.]

The court also considered whether the communications would be privileged (and therefore inadmissible) under the "Wigmore test", although Twaddle J.A. stated that he was not satisfied that the comments of Spence J. in *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254, were intended as an acceptance of Wigmore's principle for all purposes.

Given that the Wigmore criteria play a central role in this case, I will set out the "test" below for ease of reference (Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, McNaughton Revision, para. 2285):

(1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.

(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.

(4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation. [Emphasis in original.]

The Court of Appeal held that not one of Wigmore's four conditions had been met in this case. Although the pastor and the counsellor may each have believed that her relationship with the appellant was of a confidential nature, there was no evidence that the appellant made the admissions to them in the confident belief that they would be disclosed to no one. Confidentiality may have been a desired aspect of that relationship but it was not essential. The court was of the view that the relationship was not one "which community opinion requires to be fostered sedulously", unlike the relationship between a catholic priest and his parishioners which was involved in the case of *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515. Twaddle J.A. added at p. 300 that "[n]or is the public interest in fostering [the relationship] so great as to require the exclusion of [the appellant's] otherwise

La cour a également examiné la question de savoir si les communications seraient privilégiées (et, par conséquent, inadmissibles) aux termes du «critère de Wigmore», bien que le juge Twaddle ait dit qu'il n'était pas convaincu que les observations du juge Spence dans l'arrêt *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254, représentaient une acceptation du principe de Wigmore dans tous les cas.

<sup>b</sup> Étant donné que le critère de Wigmore joue un rôle crucial en l'espèce, je vais, par souci de commodité, en énoncer les éléments (Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8, McNaughton Revision, par. 2285):

[TRADUCTION] (1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiallement* avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le *caractère confidentiel* doit être un élément *essentiel* au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

(3) Les *rapports* doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être *entretenus assidûment*.

(4) Le *préjudice* permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision*. [En italique dans l'original.]

<sup>g</sup> La Cour d'appel a conclu qu'aucune des quatre conditions posées par Wigmore n'avait été remplie en l'espèce. Bien que le pasteur et la conseillère puissent avoir cru que leurs rapports avec l'appelante étaient de nature confidentielle, il n'y a aucune preuve que l'appelante leur a fait des aveux confidentiellement avec l'assurance qu'ils ne seraient pas divulgués à qui que ce soit. Le caractère confidentiel peut avoir été un aspect souhaité de ces rapports, mais il n'était pas essentiel. La cour était d'avis qu'il ne s'agissait pas de rapports [TRADUCTION] «qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment», contrairement aux rapports entre un prêtre catholique et ses paroissiens dont il était question dans l'arrêt *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515. Le juge Twaddle a ajouté, à la p. 300, que [TRADUCTION] «[l']intérêt public dans l'entretien des rapports n'est pas important au point d'exiger l'exclusion de déclarations normalement admissibles [de l'appelante] à

admissible statements as evidence on a charge of first degree murder".

Turning to the issue of whether the trial judge ought to have held a *voir dire* to determine the admissibility of the communications, the court held that because the evidentiary burden is on the accused to establish facts giving rise to a privilege, the trial judge could not be faulted for not entering upon a *voir dire* without a request that she do so. Here, the defence seemed satisfied to let the trial judge decide the motion on the basis of the transcript from the preliminary inquiry and the arguments of counsel. The failure to hold a *voir dire* would only be significant if it resulted in a miscarriage of justice in the sense that the accused has been deprived of an opportunity to elicit facts germane to the issue. Such was not the case here.

Accordingly, the Manitoba Court of Appeal dismissed both accuseds' appeal from conviction.

#### Issues

1. Whether the Court of Appeal erred in failing to conclude that the conversations between the appellant and Pastor Thiessen and Janine Frovich, the church's lay counsellor, were protected by common law privilege such that disclosure ought not to have been compelled.
2. Alternatively, whether these conversations were confidential communications the disclosure of which ought not to have been compelled in accordance with the principles accepted in *Slavutych v. Baker, supra*.
3. Whether the Court of Appeal erred in failing to conclude that the absence of a *voir dire* to determine the admissibility of the conversations denied the appellant a fair trial.
4. Whether the trial judge's charge to the jury unfairly diminished the case for the appellant in the eyes of the jury and thereby denied her a fair adjudication of the issues.
5. Whether the trial judge erred when she stated her conclusion that, due to unreasonable or excessive force, the jury should not consider the co-accused's defence of 'defence of another person' without expressly cau-

titre d'éléments de preuve dans une accusation de meurtre au premier degré».

Quant à la question de savoir si le juge du procès aurait dû tenir un *voir-dire* pour déterminer la recevabilité des communications, la cour a conclu que parce qu'il incombaît à l'accusé d'établir les faits donnant naissance à un privilège, le juge du procès ne pouvait pas être blâmée pour ne pas avoir tenu de *voir-dire* sans qu'on lui demande de le faire. En l'espèce, la défense a semblé satisfaite de laisser le juge du procès décider de la requête sur le fondement de la transcription de l'enquête préliminaire et des arguments des avocats. L'omission de tenir un *voir-dire* ne serait importante que si elle entraînait une erreur judiciaire en ce sens que l'accusé a été privé de l'occasion de mettre à jour des faits qui se rapportent à la question en litige. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

En conséquence, la Cour d'appel du Manitoba a rejeté l'appel interjeté par les deux accusés contre leur déclaration de culpabilité.

#### e Les questions en litige

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne concluant pas que les conversations entre l'appelante et le pasteur Thiessen et Janine Frovich, la conseillère laïque de l'Église, étaient protégées en vertu d'un privilège de common law de sorte que leur divulgation n'aurait pas dû être forcée?
2. Subsidiairement, ces conversations étaient-elles des communications confidentielles dont la divulgation n'aurait pas dû être forcée conformément aux principes acceptés dans l'arrêt *Slavutych c. Baker*, précité?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne concluant pas que l'absence d'un *voir-dire* pour déterminer la recevabilité des conversations a privé l'appelante d'un procès équitable?
4. L'exposé par le juge du procès au jury a-t-il réduit de façon injuste la valeur des arguments de l'appelante aux yeux du jury et l'a-t-elle ainsi empêchée d'obtenir une décision équitable à l'égard des questions en litige?
5. Le juge du procès a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a conclu qu'en raison d'une force déraisonnable ou excessive, le jury ne devrait pas tenir compte du moyen de défense du coaccusé fondé sur la

tioning the jury that it should still consider in respect of the appellant the factual issue of whether the co-accused was acting to defend her, this being the central premise of the appellant's defence.

*a* «défense d'une autre personne» sans mettre en garde expressément le jury qu'il devrait encore tenir compte à l'égard de l'appelante de la question factuelle de savoir si le coaccusé agissait pour la défendre, étant donné qu'il s'agissait du fondement de la défense de l'appelante?

## Analysis

Before delving into an analysis of the issues raised by this appeal, I think it is important to clarify the terminology being used in this case. The parties have tended to distinguish between two categories: a "blanket", *prima facie*, common law, or "class" privilege on the one hand, and a "case-by-case" privilege on the other. The first four terms are used to refer to a privilege which was recognized at common law and one for which there is a *prima facie* presumption of inadmissibility (once it has been established that the relationship fits within the class) unless the party urging admission can show why the communications should not be privileged (i.e., why they should be admitted into evidence as an exception to the general rule). Such communications are excluded not because the evidence is not relevant, but rather because, there are overriding policy reasons to exclude this relevant evidence. Solicitor-client communications appear to fall within this first category (see: *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353 and *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821). The term "case-by-case" privilege is used to refer to communications for which there is a *prima facie* assumption that they are not privileged (i.e., are admissible). The case-by-case analysis has generally involved an application of the "Wigmore test" (see above), which is a set of criteria for determining whether communications should be privileged (and therefore not admitted) in particular cases. In other words, the case-by-case analysis requires that the policy reasons for excluding otherwise relevant evidence be weighed in each particular case.

## Analyse

*b* Avant de plonger dans une analyse des questions soulevées dans le présent pourvoi, j'estime qu'il est important de clarifier la terminologie utilisée en l'espèce. Les parties ont eu tendance à établir une distinction entre deux catégories: un privilège *prima facie* «général» de common law ou un privilège «générique», d'une part, et un privilège «fondé sur les circonstances de chaque cas», d'autre part. Les premiers termes sont utilisés pour désigner un privilège qui a été reconnu en common law et pour lequel il existe une présomption à première vue d'inadmissibilité (lorsqu'il a été établi que les rapports s'inscrivent dans la catégorie) à moins que la partie qui demande l'admission ne puisse démontrer pour quelles raisons les communications ne devraient pas être privilégiées (c.-à-d., pour quelles raisons elles devraient être admises en preuve à titre d'exception à la règle générale). De telles communications sont exclues non pas parce que l'élément de preuve n'est pas pertinent, mais plutôt parce qu'il existe des raisons de principe prépondérantes d'exclure cet élément de preuve pertinent. Les communications entre un avocat et son client paraissent s'inscrire dans le cadre de cette première catégorie (voir: *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353 et *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821). L'expression privilège «fondé sur les circonstances de chaque cas» est utilisée pour viser des communications à l'égard desquelles il y a une présomption à première vue qu'elles ne sont pas privilégiées (c.-à-d. qu'elles sont admissibles). L'analyse de chaque cas a généralement comporté une application du «critère de Wigmore» (voir précédemment), qui constitue un ensemble des critères pour déterminer si des communications devraient être privilégiées (et, par conséquent, ne pas être admises) dans des cas particuliers. En d'autres termes, l'analyse de chaque cas exige que les raisons de principe d'exclure des éléments de preuve par ailleurs pertinents soient évaluées dans chaque cas particulier.

Throughout these reasons, I will be using the terms "class privilege" and *prima facie* privilege to refer to the first category of communications and will generally use the term "case-by-case privilege" to refer to the second category of communications. I should note that some writers tend to use the term "privileged communications" or "privilege" only in relation to communications which are class-based or *prima facie* inadmissible. I will be using the term "privilege" in relation to both types of communications.

### *The Motion to Exclude Evidence*

The first two grounds of appeal (see above) require this Court to consider four basic questions:

- whether there is a common law, *prima facie* privilege for religious communications which would cover the communications involved in this case
- if not, whether such religious communications can be excluded in particular cases by applying the Wigmore criteria on a case by case basis
- if so, whether the communications in this case should have been excluded on the Wigmore criteria
- how the constitutional guarantee of freedom of religion affects the determination of the above questions

#### 1. Common Law, *prima facie* Privilege

The parties to this appeal have (understandably) urged conflicting interpretations of pre-Reformation history on this Court, in order to support their respective positions on the existence of a common law, *prima facie* privilege for religious communications. In my opinion, the best that can be said of this material is that it is inconclusive with respect to this question. While the appellant may well be correct in pointing out that English and Canadian courts have not, as a matter of practice, compelled members of the clergy to disclose confidential religious communications, this does not answer the question of whether there is a legal common law privilege for

Dans les présents motifs, j'utiliserai les expressions «privilège générique» et privilège *prima facie* pour viser la première catégorie de communications et j'utiliserai généralement l'expression «privilège fondé sur les circonstances de chaque cas» pour viser la deuxième catégorie de communications. Il convient de souligner que certains auteurs ont tendance à utiliser l'expression «communications privilégiées» ou «privilège» seulement en ce qui a trait à des communications qui sont génériques ou qui sont inadmissibles à première vue. J'utiliserai l'expression «privilège» relativement à ces deux genres de communications.

#### *c La requête visant à exclure des éléments de preuve*

Les deux premiers moyens d'appel (voir précédemment) exigent que notre Cour examine quatre questions fondamentales:

- d* - Y a-t-il un privilège *prima facie* de common law relativement à des communications religieuses qui viseraient les communications dont il est question en l'espèce?
- e* - Dans la négative, ces communications religieuses peuvent-elles être exclues dans certains cas particuliers par l'application du critère de Wigmore fondée sur les circonstances de chaque cas?
- f* - Dans l'affirmative, les communications en l'espèce auraient-elles dû être exclues sur le fondement du critère de Wigmore?
- g* - De quelle façon la garantie constitutionnelle de la liberté de religion a-t-elle un effet sur la manière de trancher les questions précédentes?

#### 1. Le privilège *prima facie* de common law

Les parties au présent pourvoi ont (naturellement) présenté à notre Cour des interprétations contraires de l'histoire antérieure à la réforme pour appuyer leurs positions respectives sur l'existence d'un privilège *prima facie* de common law relativement aux communications religieuses. À mon avis, le mieux qu'on puisse dire à l'égard de ces arguments, c'est qu'ils ne sont pas concluants en ce qui a trait à cette question. Même s'il se peut bien que l'appelante ait raison de souligner que les tribunaux anglais et canadiens n'ont pas, en pratique, obligé les membres du clergé à divulguer des communications religieuses confidentielles, cela ne répond pas à la question de savoir s'il

religious communications. Furthermore, I cannot agree with the appellant that the existence of a limited statutory religious privilege in some jurisdictions (see: Quebec's *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 9, and Newfoundland's *Evidence Act*, R.S.N. 1970, c. 115, s. 6) indicates that a common law privilege exists. If anything, the fact that there is a statutory privilege in some jurisdictions indicates that the common law did not protect religious communications—thus necessitating the statutory protection.

In the end, the question of whether a *prima facie* privilege exists for religious communications is essentially one of policy. As Justice Wilson stated in *Geffen v. Goodman Estate, supra*, at p. 387:

Their [the respondent's] argument is reminiscent of earlier days when the "pigeon hole" approach to rules of evidence prevailed. Such, in my opinion, is no longer the case. The trend towards a more principled approach to admissibility questions has been embraced both here and abroad (see, for example, in Canada, *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608 (hearsay), and *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531 (hearsay), and in the United Kingdom, *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.) (similar fact)), a trend which I believe should be encouraged.

As I have mentioned, a *prima facie* privilege for religious communications would constitute an exception to the general principle that all relevant evidence is admissible. Unless it can be said that the policy reasons to support a class privilege for religious communications are as compelling as the policy reasons which underlay the class privilege for solicitor-client communications, there is no basis for departing from the fundamental "first principle" that all relevant evidence is admissible until proven otherwise.

In my view, the policy reasons which underlay the treatment of solicitor-client communications as a separate class from most other confidential communications

existe un privilège juridique de common law en ce qui a trait aux communications religieuses. Qui plus est, je ne puis souscrire aux arguments de l'appelante que l'existence d'un privilège légal limité en matière religieuse dans certains ressorts (voir: *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, art. 9, et l'*Evidence Act* de Terre-Neuve, R.S.N. 1970, ch. 115, art. 6) indique l'existence d'un privilège de common law. Au mieux, le fait qu'il existe un privilège légal dans certains ressorts indique que la common law ne protégeait pas les communications religieuses — par conséquent, il était nécessaire d'avoir une protection légale.

Finalement, la question de savoir s'il existe un privilège *prima facie* en ce qui a trait aux communications religieuses est essentiellement une question de principe. Comme le juge Wilson l'a dit dans l'arrêt *Geffen c. Succession Goodman*, précité, à la p. 387:

Leur argument [celui des intimés] rappelle l'époque où la compartmentation était de mise au chapitre des règles de preuve. Or, il n'en est plus ainsi, à mon sens. La tendance à la rationalisation de la façon d'aborder les questions d'admissibilité peut être observée autant au pays qu'à l'étranger (voir, par exemple, au Canada, *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608 (oui-dire), et *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531 (oui-dire), et au Royaume-Uni, *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.) (fait similaire)); c'est une tendance qu'il y a lieu d'encourager, selon moi.

Comme je l'ai mentionné, un privilège *prima facie* en matière de communications religieuses constituerait une exception au principe général selon lequel tous les éléments de preuve pertinents sont admissibles. À moins que l'on puisse dire que les raisons de principe justifiant l'existence d'un privilège générique en matière de communications religieuses sont aussi sérieuses que les raisons de principe qui sous-tendent le privilège générique en matière de communications entre l'avocat et son client, il n'y a aucun motif de s'écartez du «principe premier» fondamental selon lequel tous les éléments de preuve pertinents sont admissibles jusqu'à preuve du contraire.

À mon avis, les raisons de principe qui sous-tendent le traitement des communications entre l'avocat et son client à titre de catégorie distincte de la plupart

tions, are not equally applicable to religious communications. The *prima facie* protection for solicitor-client communications is based on the fact that the relationship and the communications between solicitor and client are essential to the effective operation of the legal system. Such communications are inextricably linked with the very system which desires the disclosure of the communication (see: *Geffen v. Goodman Estate, supra*, and *Solosky v. The Queen, supra*). In my view, religious communications, notwithstanding their social importance, are not inextricably linked with the justice system in the way that solicitor-client communications surely are.

des autres communications confidentielles ne s'appliquent pas également aux communications religieuses. La protection à première vue des communications entre l'avocat et son client est fondée sur le fait que les rapports et les communications entre l'avocat et son client sont essentiels au bon fonctionnement du système juridique. Pareilles communications sont inextricablement liées au système même qui veut que la communication soit divulguée (voir: *Geffen c. Succession Goodman* et *Solosky c. La Reine*, précités). À mon avis, les communications religieuses, nonobstant leur importance sociale, ne sont pas inextricablement liées au système de justice de la même manière que le sont certainement les communications entre l'avocat et son client.

While the value of freedom of religion, embodied in s. 2(a), will become significant in particular cases, I cannot agree with the appellant that this value must necessarily be recognized in the form of a *prima facie* privilege in order to give full effect to the *Charter* guarantee. The extent (if any) to which disclosure of communications will infringe on an individual's freedom of religion will depend on the particular circumstances involved, for example: the nature of the communication, the purpose for which it was made, the manner in which it was made, and the parties to the communication.

Bien que la valeur de la liberté de religion, consacrée à l'al. 2a), devienne importante dans certains cas, je ne puis convenir avec l'appelante que cette valeur doit nécessairement être reconnue sous la forme d'un privilège *prima facie* pour que la garantie prévue par la *Charte* s'applique pleinement. La mesure (le cas échéant) dans laquelle la divulgation des communications portera atteinte à la liberté de religion d'une personne dépendra des circonstances particulières en cause comme, par exemple, la nature de la communication, l'objet de celle-ci, la manière dont elle a été faite et les parties à celle-ci.

Having found no common law, *prima facie* privilege for religious communications, I will consider whether such communications can be excluded in particular cases by applying the Wigmore criteria on a case-by-case basis.

Ayant conclu qu'il n'y avait pas de privilège *prima facie* de common law en matière de communications religieuses, je vais examiner si ces communications peuvent être exclues dans certains cas par l'application du critère de Wigmore fondée sur les circonstances de chaque cas.

## 2. Case-by-Case Privilege

In *Re Church of Scientology and The Queen* (No. 6), *supra*, the Ontario Court of Appeal recognized the existence of a "priest and penitent" privilege determined on a case-by-case basis, having regard to the Wigmore criteria. This approach is consistent with the approach taken by this Court in *Slavutych v. Baker, supra*, and is, in my view, consistent with a principled approach to the question which

## 2. Privilège fondé sur les circonstances de chaque cas

Dans l'arrêt *Re Church of Scientology and The Queen* (No. 6), précité, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu l'existence d'un privilège du «secret de la confession» dont l'applicabilité est déterminée en fonction de chaque cas, eu égard au critère de Wigmore. Cette position est conforme à celle adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Slavutych c. Baker*, précité, et est, à mon avis, conforme à une façon, fondée sur des

properly takes into account the particular circumstances of each case. This is not to say that the Wigmore criteria are now "carved in stone", but rather that these considerations provide a general framework within which policy considerations and the requirements of fact-finding can be weighed and balanced on the basis of their relative importance in the particular case before the court. Nor does this preclude the identification of a new class on a principled basis.

Furthermore, a case-by-case analysis will allow courts to determine whether, in the particular circumstances, the individual's freedom of religion will be imperilled by the admission of the evidence. As was stated in *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)*, at p. 540:

Chief Justice Dickson stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 385, 18 D.L.R. (4th) 321, [1985] 1 S.C.R. 295, that the fundamental freedom of conscience and religion now enshrined in s. 2(a) of the Charter embraces not only the freedom of religious thought and belief but also "the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination". This protection will no doubt strengthen the argument in favour of recognition of a priest-and-penitent privilege. The restrictive common law interpretation of the privilege may have to be reassessed to bring it in conformity with the constitutional freedom.

In our view, however, while s. 2 of the Charter enhances the claim that communications made in confidence to a priest or ordained minister should be afforded a privilege, its applicability must be determined on a case-by-case basis. The freedom is not absolute. [Emphasis added.]

The Wigmore criteria will be informed both by the Charter guarantee of freedom of religion and by the general interpretative statement in s. 27 of the Charter:

**27.** This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

principes, d'aborder la question qui tient compte, à bon droit, des circonstances particulières de chaque cas. Cela veut dire non pas que le critère de Wigmore est maintenant «gravé dans la pierre», mais plutôt que ces considérations constituent un cadre général à l'intérieur duquel des considérations de principe et les exigences en matière de recherche des faits peuvent être évaluées et comparées en fonction de leur importance relative dans l'affaire particulière soumise à la cour. Cela n'empêche pas non plus l'identification d'une nouvelle catégorie fondée sur des principes.

De plus, une analyse de chaque cas permettra aux tribunaux de déterminer si, dans les circonstances particulières, la liberté de religion d'une personne sera compromise par l'admission de la preuve. Comme il a été dit dans l'arrêt *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)*, à la p. 540:

[TRADUCTION] Le juge en chef Dickson a dit dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 385, 18 D.L.R. (4th) 321, [1985] 1 R.C.S. 295, que la liberté fondamentale de conscience et de religion qui est maintenant consacrée à l'al. 2a) de la Charte comprend non seulement la liberté de pensée et de croyance en matière religieuse, mais également «le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation». Cette protection renforcera sans doute l'argument en faveur de la reconnaissance d'un privilège du secret de la confession. L'interprétation restrictive du privilège par la common law peut devoir être réévaluée afin de la rendre conforme à la liberté garantie par la Constitution.

Toutefois, à notre avis, bien que l'art. 2 de la Charte appuie l'argument selon lequel un privilège devrait être accordé quant aux communications confidentielles faites à un prêtre ou à un pasteur ordonné, son applicabilité doit être déterminée en fonction de chaque cas. La liberté n'est pas absolue. [Je souligne.]

Le critère de Wigmore s'inspirera à la fois de la liberté de religion garantie par la Charte et de la déclaration d'interprétation générale de l'art. 27 de la Charte:

**27.** Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

I note that in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, the majority adopted the following words in interpreting s. 2(a), at p. 336:

A truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct. A free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the *Charter*.

It is for this reason that I have, throughout these reasons, employed the general term "religious communications" in place of the more traditional term "priest-penitent communications". In applying the Wigmore criteria to particular cases, both s. 2(a) and s. 27 must be kept in mind. This means that the case-by-case analysis must begin with a "non-denominational" approach. The fact that the communications were not made to an ordained priest or minister or that they did not constitute a formal confession will not bar the possibility of the communications' being excluded. All of the relevant circumstances must be considered and the Wigmore criteria applied in a manner which is sensitive to the fact of Canada's multicultural heritage. This will be most important at the second and third stages of the Wigmore inquiry. In my view, such a case-by-case approach will avoid the problem of "pigeon-holing" referred to by Wilson J. in *Geffen v. Goodman Estate, supra*.

Having found that religious communications can be excluded in particular cases where the Wigmore criteria are satisfied, I turn now to the question of whether the communications involved in this case satisfy the Wigmore criteria.

#### Application of the Wigmore Criteria

In my opinion, a consideration of the Wigmore criteria and the facts of this case reveals that the communications between the appellant, Pastor Thiessen and Janine Frovich were properly admitted at trial.

In my view, these communications do not even satisfy the first requirement; namely, that they originate

Je souligne que, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, la Cour à la majorité a adopté les termes suivants pour interpréter l'al. 2a), à la p. 336:

Une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite. Une société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela sans m'appuyer sur l'art. 15 de la *Charte*.

C'est pour cette raison que j'ai, dans les présents motifs, utilisé l'expression générale «communications religieuses» au lieu de l'expression plus traditionnelle «communications faites sous le secret de la confession». Pour appliquer le critère de Wigmore à des cas particuliers, il faut garder à l'esprit l'al. 2a) et l'art. 27. Cela signifie que l'analyse de chaque cas doit commencer par l'adoption d'un point de vue «non confessionnel». Le fait que les communications n'ont pas été faites à un prêtre ou à un pasteur ordonné ou qu'elles ne constituaient pas une confession formelle n'écartera pas la possibilité de les exclure. Il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes et le critère de Wigmore doit être appliqué d'une manière qui tient compte du patrimoine multiculturel du Canada. Ce sera plus important aux deuxième et troisième étapes de l'examen relatif au critère de Wigmore. À mon avis, une telle façon de procéder selon les circonstances de chaque cas aura pour effet d'éviter le problème de la «compartimentation» mentionné par le juge Wilson dans l'arrêt *Geffen c. Succession Goodman*, précité.

Ayant conclu que les communications religieuses peuvent être exclues dans certains cas où l'on satisfait au critère de Wigmore, j'examine maintenant la question de savoir si les communications visées en l'espèce satisfont à ce critère.

#### Application du critère de Wigmore

À mon sens, il ressort d'un examen du critère de Wigmore et des faits de l'espèce que les communications entre l'appelante, le pasteur Thiessen et Janine Frovich ont été, à bon droit, admises au procès.

J'estime que ces communications ne satisfont même pas à la première condition, c'est-à-dire,

in a confidence that they will not be disclosed. Leaving aside the other components of the Wigmore test, it is absolutely crucial that the communications originate with an expectation of confidentiality (in order for those communications to be qualified as "privileged" and to thereby be excluded from evidence). Without this expectation of confidentiality, the *raison d'être* of the privilege is missing.

qu'elles aient été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées. Si on laisse de côté les autres composantes du critère de Wigmore, il est absolument crucial que l'on s'attende à ce que les communications soient confidentielles (afin qu'elles puissent être qualifiées de «privilégiées» et ainsi être exclues de la preuve). Sans cette expectative de caractère confidentiel, le privilège n'a pas de raison d'être.

In the case at bar, there is evidence that Ms. Gruenke's communications to Pastor Thiessen and Ms. Frovich did not originate in a confidence that they would not be disclosed. The testimony of Pastor Thiessen and Janine Frovich indicates that they were unclear as to whether they were expected to keep confidential what Ms. Gruenke had told them about her involvement in the murder. As was stated by Twaddle J.A. in the Court of Appeal judgment at p. 300, "there was no evidence that the accused Gruenke made her admissions to them in the confident belief that they would be disclosed to no one". Ms. Gruenke did not approach Ms. Frovich and the Pastor on the basis that the communications were to be confidential. In fact, Ms. Frovich initiated the meeting and Ms. Gruenke testified that she saw no harm in speaking to Janine Frovich because she had already made up her mind to turn herself into the police and "take the blame". In my view, the Court of Appeal accurately described these communications as being made more to relieve Ms. Gruenke's emotional stress than for a religious or spiritual purpose. I note that my view is based on the parties' statements and behaviour in relation to the communication and not on the lack of a formal practice of "confession" in the Victorious Faith Centre Church. While the existence of a formal practice of "confession" may well be a strong indication that the parties expected the communication to be confidential, the lack of such a formal practice is not, in and of itself, determinative.

En l'espèce, il ressort de la preuve que les communications entre M<sup>lle</sup> Gruenke et le pasteur Thiessen et M<sup>me</sup> Frovich n'ont pas été transmises confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées. Les témoignages du pasteur Thiessen et de Janine Frovich indiquent qu'elles ne savaient pas très bien si l'on s'attendait à ce qu'elles gardent secret ce que M<sup>lle</sup> Gruenke leur avait dit au sujet de son implication dans le meurtre. Comme l'a dit le juge Twaddle, à la p. 300 de l'arrêt de la Cour d'appel, [TRADUCTION] «il n'y avait aucune preuve que l'accusée Gruenke leur avait fait des aveux confidentiellement en croyant qu'elles ne les divulgueraient à personne». Mademoiselle Gruenke ne s'est pas adressée à M<sup>me</sup> Frovich et au pasteur pour le motif que les communications devraient être confidentielles. En fait, M<sup>me</sup> Frovich a amorcé le dialogue et M<sup>lle</sup> Gruenke a témoigné qu'elle ne voyait aucun mal à parler à Janine Frovich parce qu'elle était déjà décidée à se livrer à la police et à [TRADUCTION] «assumer la responsabilité de l'affaire». À mon avis, la Cour d'appel a dit de façon précise que ces communications avaient été faites davantage pour soulager M<sup>lle</sup> Gruenke de son stress émotionnel qu'à des fins religieuses ou spirituelles. Je souligne que mon opinion est fondée sur les déclarations et le comportement des parties relativement à la communication et non sur l'absence d'une pratique formelle de «confession» dans la Victorious Faith Centre Church. Bien que l'existence d'une pratique formelle de «confession» puisse bien indiquer fortement que les parties s'attendaient à ce que la communication soit confidentielle, l'absence d'une telle pratique formelle n'est pas, en soi, déterminante.

The communications in question do not satisfy the first Wigmore criterion and their admission into evidence does not infringe Ms. Gruenke's freedom of

Les communications en question ne satisfont pas au premier critère de Wigmore et leur admission en preuve ne porte pas atteinte à la liberté de religion de

religion. As I have stated above, whether an individual's freedom of religion will be infringed by the admission of religious communications will depend on the particular facts of each case. In the case at bar, there is no such infringement.

I turn now to the third ground of appeal, whether the Court of Appeal erred in failing to conclude that the absence of a *voir dire* denied Ms. Gruenke a fair trial.

#### Failure to Hold a *Voir Dire*

I am of the view that Krindle J. essentially did hold a *voir dire* in the case at bar. While this was done informally and was not referred to as a *voir dire* by the trial judge, she did give counsel an opportunity to submit evidence and argument on the defence's motion for the exclusion of the evidence and she did so in the absence of the jury. Trial counsel for Ms. Gruenke did not ask to call any evidence and seemed completely satisfied to rely on the evidence given at the preliminary inquiry. In my view, it was the appellant who had the burden of establishing that the communications should be excluded on the basis of privilege—it was for Ms. Gruenke and her counsel to determine how best to discharge that burden. While the trial judge carries the ultimate responsibility for determining questions of admissibility, he or she is not required to do more than provide counsel with a reasonable opportunity to elicit evidence and give argument on these issues before making a ruling.

Thus, it is my view that Ms. Gruenke was not denied a fair trial by the trial judge's failure to hold a formal *voir dire* and by her decision to rule on the defence motion on the basis of argument and the testimony given at the preliminary inquiry.

At the same time, I think it useful to point out for the benefit of future cases that when an issue of privilege arises in the course of a trial, the issue may well be best determined within the sanctuary of a *voir dire*. Generally speaking, the trial judge will often be aided by a formal *voir dire* in which evidence can be

M<sup>lle</sup> Gruenke. Comme je l'ai dit précédemment la question de savoir si l'admission de communications religieuses portera atteinte à la liberté de religion d'une personne dépendra des faits particuliers de chaque affaire. En l'espèce, il n'y a pas d'atteinte de ce genre.

J'examine maintenant le troisième moyen d'appel, savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en ne concluant pas que l'absence de *voir-dire* a privé M<sup>lle</sup> Gruenke d'un procès équitable.

#### L'omission de tenir un *voir-dire*

Je suis d'avis que le juge Krindle a essentiellement tenu un *voir-dire* en l'espèce. Bien qu'il ait été fait de façon informelle et qu'il n'ait pas été qualifié de *voir-dire* par le juge du procès, elle a bien donné aux avocats l'occasion de présenter des éléments de preuve et des arguments relativement à la requête de la défense visant à exclure la preuve et elle l'a fait en l'absence du jury. L'avocat de M<sup>lle</sup> Gruenke au procès n'a pas demandé de présenter des éléments de preuve et il lui a semblé tout à fait suffisant de se fonder sur la preuve présentée à l'enquête préliminaire. À mon avis, il incombaît à l'appelante d'établir que les communications devaient être exclues pour cause de privilège — il appartenait à M<sup>lle</sup> Gruenke et à son avocat de déterminer quelle était la meilleure manière de s'acquitter de ce fardeau. Bien que le juge du procès ait la responsabilité ultime de trancher les questions de recevabilité, il n'est pas tenu de faire plus que d'accorder à l'avocat une occasion raisonnable de présenter sa preuve et d'avancer des arguments sur ces questions avant de rendre une décision.

Par conséquent, je suis d'avis que M<sup>lle</sup> Gruenke n'a pas été privée d'un procès équitable par suite de l'omission du juge du procès de tenir un *voir-dire* formel et de sa décision de statuer sur la requête de la défense en fonction des arguments et des témoignages présentés à l'enquête préliminaire.

En même temps, je crois qu'il est utile de souligner, pour que cela puisse servir dans d'autres affaires, que lorsqu'une question de privilège est soulevée dans un procès, cette question peut bien être mieux tranchée dans le cadre d'un *voir-dire*. De manière générale, le juge du procès est souvent aidé

heard and argument submitted in the absence of the jury. In addition, for both jury and non-jury trials, a formal *voir dire* affords an accused the opportunity to take the stand and be heard for a limited purpose without being subject to general cross-examination. The trial judge will then be in the best position to apply the Wigmore criteria and to rule on the admissibility of the communication in question. While this may well be the preferred method of determining issues of privilege, the failure to follow this procedure does not necessarily render the trial unfair.

par un *voir-dire* formel dans lequel des témoignages peuvent être entendus et des arguments peuvent être présentés en l'absence du jury. De plus, en ce qui a trait au procès avec et sans jury, un *voir-dire* formel permet à un accusé de se faire entendre dans un but limité sans être assujetti à un contre-interrogatoire général. Le juge du procès sera alors en meilleure position pour appliquer le critère de Wigmore et pour juger de la recevabilité de la communication en question. Bien qu'il puisse bien s'agir de la méthode préférée pour déterminer les questions de privilège, l'omission de suivre cette procédure ne rend pas nécessairement le procès inéquitable.

I turn now to the last two grounds of appeal, dealing with the trial judge's charge to the jury.

*c* Je vais maintenant examiner les deux moyens d'appel qui traitent de l'exposé du juge au jury.

#### Jury Charge

#### L'exposé au jury

I am in full agreement with the Manitoba Court of Appeal that, taken as a whole, the charge to the jury was full and fair. While I have some concern about the trial judge's failure to remind the jury that Mr. Fosty's explanation of protecting Ms. Gruenke could be considered in relation to her, despite the fact that it could not (because of excessive force) constitute a defence within the meaning of s. 37 of the *Code* for him, I do not think that this omission rendered the charge unfair.

*d* Je souscris entièrement à l'opinion de la Cour d'appel du Manitoba que, dans l'ensemble, l'exposé au jury était complet et équitable. Bien que je sois préoccupé par l'omission du juge du procès de rappeler au jury que l'explication de M. Fosty, selon laquelle il protégeait Mme Gruenke, pouvait être prise en compte relativement à celle-ci, même si elle ne pouvait pas (à cause de la force excessive) constituer pour lui-même un moyen de défense aux termes de l'art. 37 du *Code*, je ne crois pas que cette omission ait rendu l'exposé inéquitable.

Furthermore, given that I have found that the communications between the appellant, Pastor Thiessen and Ms. Frovich were properly admitted at trial, it is my view that even if the jury had been reminded of this point this could not have altered the verdict. In other words, once the communications in question were before the jury, a first degree murder conviction was inevitable.

*e* De plus, étant donné que j'ai conclu que les communications entre l'appelante, le pasteur Thiessen et Mme Frovich avaient été, à bon droit, admises au procès, je suis d'avis que même si on avait rappelé ce point au jury, cela n'aurait pas modifié le verdict. En d'autres termes, dès que les communications en question avaient été soumises à l'appréciation du jury, une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré devenait inévitable.

#### Disposition

#### Dispositif

In light of the analysis set out above, I would dismiss the appeal.

*f* Compte tenu de l'analyse qui précède, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

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

*g* Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

L'HEUREUX-DUBÉ J.—I have had the opportunity to read the reasons of Lamer C.J., and I agree with him that the appeal should be dismissed, substantially for the reasons he proposes. However, due to the nature of the parties' arguments and of the case, I feel compelled to make some comments of my own regarding the "religious communications" privilege.

This appeal presents the Court with an opportunity to consider whether confidential communications between an individual and a religious leader may be privileged, and if so, the circumstances in which such a privilege should apply. In order to assess whether a religious communications privilege should be recognized, the fundamental principles and values such a privilege is intended to protect and promote must be examined.

One of the primary aims of the adversarial trial process is to find the truth. To assist in that search, all persons must, if requested, appear before the courts to testify about facts and events in the realm of their knowledge or expertise. This requirement — some would call it a duty — can be traced far back into the history of the common law, and can now be found in statutory form in the federal and provincial Evidence Acts. If the aim of the trial process is the search for truth, the public and the judicial system, must have the right to any and all relevant information in order that justice be rendered. Accordingly, relevant information is presumptively admissible. Exceptions may be found both in statutory form, and in the common law rules of evidence, which have developed in order to exclude evidence that is irrelevant, unreliable, susceptible to fabrication, or which would render the trial unfair. Courts and legislators have also been prepared to restrict the search for truth by excluding probative, trustworthy and relevant evidence to serve some overriding social concern or judicial policy. The latter are the source of privileges for certain private communications. Perhaps the most common example is the solicitor and client privilege: see *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—J'ai pris connaissance des motifs du juge en chef Lamer et je partage son avis que le pourvoi doit être rejeté, essentiellement pour les raisons qu'il exprime. Toutefois, en raison de la nature de cette affaire et des arguments des parties, je me dois de faire certains commentaires au sujet du privilège relatif aux «communications religieuses».

b Le présent pourvoi nous fournit l'occasion de déterminer si des communications confidentielles entre un individu et une autorité religieuse peuvent faire l'objet d'un privilège, et, le cas échéant, les circonstances dans lesquelles tel privilège devrait s'appliquer. Pour déterminer si un privilège relatif aux communications religieuses devrait être reconnu, il y a lieu d'examiner les principes fondamentaux et les valeurs qu'un tel privilège est destiné à protéger et à promouvoir.

d L'un des principaux objectifs du système accusatoire est la recherche de la vérité. Afin de faciliter cette recherche, toute personne doit, sur demande, comparaître devant les tribunaux pour témoigner au sujet de faits et d'événements qui relèvent de sa connaissance ou de son expertise. Cette exigence — certains la qualifiaient de devoir — remonte très loin dans l'histoire de la common law et se retrouve maintenant sous forme législative dans les lois sur la preuve fédérale et provinciales. Si l'objet d'un procès est la recherche de la vérité, le public et le système judiciaire ont droit à toute preuve pertinente afin que justice soit rendue. En conséquence, toute preuve pertinente est présumée recevable. La loi et les règles de preuve de la common law prévoient des exceptions qui ont été conçues de manière à exclure des éléments de preuve qui ne sont ni pertinents, ni fiables, e qui sont susceptibles d'avoir été fabriqués ou qui rendraient le procès inéquitable. Les tribunaux et les législateurs ont également été d'avis de limiter la recherche de la vérité par l'exclusion d'éléments de preuve probants, fiables et pertinents pour répondre à une préoccupation sociale prépondérante ou encore aux fins d'une politique judiciaire. C'est là la source des priviléges applicables à certaines communications privées. L'exemple sans doute le plus commun est celui du privilège du secret professionnel de l'avocat: voir *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821.

The categories of privileged communications are, however, very limited — highly probative and reliable evidence is not excluded from scrutiny without compelling reasons. In Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), the authors remark at p. 157:

The extension of the doctrine of privilege consequentially obstructs the truth-finding process, and, accordingly, the law has been reluctant to proliferate the areas of privilege unless an external social policy is demonstrated to be of such unequivocal importance that it demands protection.

See also *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479, in particular Rand J.'s opinion at pp. 482-83, and Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8, para. 2192, at p. 73. The American case law takes the same position: *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *University of Pennsylvania v. Equal Employment Opportunity Commission*, 110 S.Ct. 577 (1990). For the Australian position, see *John Fairfax & Sons Ltd. v. Cojuangco* (1988), 165 C.L.R. 346 (H.C.), and *McGuinness v. Attorney-General of Victoria* (1940), 63 C.L.R. 73 (H.C.), especially at pp. 102-3.

I agree with the Chief Justice, and with Twaddle J.A. in the Court of Appeal (1989), 55 Man. R. (2d) 289, that the question of whether or not there should be a recognized privilege for confidential religious communications is a question of policy. I believe then that it is important to articulate explicitly what policy considerations are relevant to a religious communications privilege, in order to ascertain the need to exclude what might otherwise be probative evidence.

This Court has not yet had the occasion to consider the principles underlying a religious communications privilege. However, the New Zealand Court of Appeal recently addressed the issue while interpreting a statutory privilege for confessions. In *R. v. Howse*, [1983] N.Z.L.R. 246 (C.A.), speaking for the Court, Cooke J. stated at p. 251:

Les catégories de communications privilégiées sont, toutefois, très limitées — des éléments de preuve très probants et fiables ne sont pas exclus sans raisons valables. Dans Sopinka et Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (1974), les auteurs font remarquer, à la p. 157, que:

[TRADUCTION] L'application de la théorie du privilège fait par conséquent obstacle au processus de recherche de la vérité et, en conséquence, le droit a hésité à multiplier les domaines de privilège à moins qu'on ne démontre qu'un principe social externe est d'une telle importance non équivoque qu'il exige une protection.

Voir également *R. v. Snider*, [1954] R.C.S. 479, en particulier l'opinion du juge Rand aux pp. 482 et 483, et Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8, par. 2192, p. 73. La jurisprudence américaine adopte la même position: *Trammel v. United States*, 445 U.S. 40 (1980); *University of Pennsylvania v. Equal Employment Opportunity Commission*, 110 S.Ct. 577 (1990). En ce qui a trait à la position australienne, voir *John Fairfax & Sons Ltd. v. Cojuangco* (1988), 165 C.L.R. 346 (H.C.), et *McGuinness v. Attorney-General of Victoria* (1940), 63 C.L.R. 73 (H.C.), particulièrement aux pp. 102 et 103.

Je conviens avec le Juge en chef et avec le juge Twaddle de la Cour d'appel (1989), 55 Man. R. (2d) 289, que la question de savoir si un privilège devrait être reconnu en matière de communications religieuses confidentielles en est une de principe. J'estime donc important d'énoncer de façon explicite quelles sont les considérations de principe pertinentes à la reconnaissance d'un privilège relatif aux communications religieuses afin de déterminer s'il est nécessaire d'exclure ce qui autrement pourrait constituer un élément de preuve probant.

Notre Cour n'a pas encore eu l'occasion d'examiner les principes sous-jacents à un privilège relatif aux communications religieuses. Toutefois, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a récemment traité de la question lorsqu'elle a interprété un privilège confessionnel prévu par la loi. Dans l'arrêt *R. v. Howse*, [1983] N.Z.L.R. 246 (C.A.), le juge Cooke a dit au nom de la cour, à la p. 251:

The rationale of any such privilege must be that a person should not suffer temporal prejudice because of what is uttered under the dictates or influence of spiritual belief.

In *Trammel v. United States*, *supra*, at p. 51, Burger C.J. of the United States Supreme Court observed:

The privileges between priest and penitent, attorney and client, and physician and patient limit protection to private communications. These privileges are rooted in the imperative need for confidence and trust. The priest-penitent privilege recognizes the human need to disclose to a spiritual counselor, in total and absolute confidence, what are believed to be flawed acts or thoughts and to receive priestly consolation and guidance in return. [Emphasis added.]

Scholars have also attempted to decipher the principles and values which would be preserved by a religious communications privilege. According to them, such a privilege would protect: (a) society's interest in religious communications; (b) freedom of religion; (c) privacy interests; (d) other concerns. The parties in this appeal have also referred to historical sources, the case law and statutory responses to the perceived need for such a privilege. It is with this spectrum of considerations in mind that the availability and breadth of a religious communications privilege can be assessed.

#### I—The Values Promoted by a Religious Communications Privilege

##### (a) *Society's Interest in Promotion of Religious Communications*

Several authors have suggested that utilitarian (or "instrumental") values would be promoted by a privilege for confidential religious communications. Confidentiality in the relationship between the religious leader and an individual allows full and frank discussion of matters which are troubling to the individual, allowing the individual to draw "psychological and spiritual sustenance" from the relationship: Cole, "Religious Confidentiality and the Reporting of Child Abuse: A Statutory and Constitutional Analysis" (1988), 21 *Colum. J.L. & Soc. Probs.* 1, at p. 15. The

[TRADUCTION] Un tel privilège doit être fondé sur le fait qu'une personne ne doit pas subir un préjudice temporel en raison de ce qui est dit sous la dictée ou l'influence d'une croyance spirituelle.

<sup>a</sup> Dans l'arrêt *Trammel v. United States*, précité, à la p. 51, le juge en chef Burger de la Cour suprême des États-Unis a fait remarquer que:

[TRADUCTION] Les priviléges du secret de la confession, du secret professionnel de l'avocat et du médecin limitent la protection aux communications privées. Ces priviléges sont fondés sur le besoin impérieux de confiance. Le privilège du secret de la confession reconnaît le besoin humain de divulguer à un conseiller spirituel, avec une confiance totale et absolue, des actes ou des pensées qu'on croirait fautifs et de recevoir en retour réconfort et conseils de la part du prêtre. [Je souligne.]

<sup>b</sup> Les auteurs ont également tenté de clarifier les principes et les valeurs qui seraient protégés par un privilège relatif aux communications religieuses. Selon eux, un tel privilège protégerait: a) l'intérêt de la société dans les communications religieuses; b) la liberté de religion; c) les intérêts relatifs à la protection de la vie privée; d) d'autres préoccupations. Les parties au présent pourvoi se sont également référencées aux sources historiques, à la jurisprudence et à la réponse de la législation à la nécessité qu'on a perçue d'un tel privilège. C'est en fonction de cette gamme de considérations que la possibilité et l'étendue d'un privilège relatif aux communications religieuses peuvent être évaluées.

#### g I—Les valeurs favorisées par un privilège relatif aux communications religieuses

##### a) *L'intérêt de la société à favoriser les communications religieuses*

<sup>h</sup> Plusieurs auteurs ont suggéré qu'un privilège relatif aux communications religieuses confidentielles favoriserait des valeurs utilitaires (ou «instrumentales»). Le caractère confidentiel des rapports entre une personne et une autorité religieuse permet une discussion complète et franche de questions troublantes pour cette personne, lui permettant de tirer un «soutien psychologique et spirituel» de cet échange: Cole, «Religious Confidentiality and the Reporting of Child Abuse: A Statutory and Constitutional Analysis» (1988), 21 *Colum. J.L. & Soc. Probs.* 1, à la

spiritual benefit to the individual is said to contribute to the overall health of society. By creating a privilege, the law, it is argued, "has determined that, in the long run, society gains more by fostering these relationships than it gains from disclosure of communications within those relationships": Mitchell, "Must Clergy Tell? Child Abuse Reporting Requirements Versus the Clergy Privilege and Free Exercise of Religion" (1987), 71 *Minn. L. Rev.* 723, at p. 762.

Professor Mitchell captures the utilitarian argument in her analysis of the four-part Wigmore test, when she remarks at p. 767:

A more commonly mentioned reason [for fostering the clergy-confider relationship] is the benefit the community derives from the mental, emotional, and spiritual health of its members. One author has written that the privilege is important to the health and stability of the whole society and that it enables people to deal with their problems with positive results. The individual penitent or counselee may receive forgiveness, absolution, advice and comfort; from these may flow spiritual, emotional, mental, and even physical health. The community benefits from the health of its citizens, and for many persons religion, including confidential consultations with clergy, contributes significantly to that health. [Footnotes omitted.]

This argument is based on several propositions. First, it must be that confidentiality is necessary to allow the cleric to give spiritual guidance to the individual. Tiemann and Bush, *The Right to Silence: Privileged Clergy Communication and the Law* (2nd ed. 1983), remark at p. 23:

There must be a genuine trust between the clergy and the congregant or their relationship cannot proceed to the deep level of understanding necessary for good pastoral care. While the average pastor or rabbi is not prepared to engage in depth therapy, there can be no hindrance to the counseling relationship which might cause those who seek help to hold back mention of the very act, feeling, or circumstance causing the most spiritual turmoil. Confidence must be complete if pastoral counseling is to be helpful. There must be no possibility

p. 15. Le bénéfice personnel spirituel qu'on en retire, contribue, dit-on, au bien-être général de la société. On soutient que le droit, par la création d'un privilège [TRADUCTION] «a déterminé qu'à long terme, la société obtient plus en favorisant ces rapports qu'elle ne profite de la divulgation de communications faites dans le cadre de ces rapports»: Mitchell, «Must Clergy Tell? Child Abuse Reporting Requirements Versus the Clergy Privilege and Free Exercise of Religion» (1987), 71 *Minn. L. Rev.* 723, à la p. 762.

Le professeur Mitchell fait ressortir l'argument utilitaire dans son analyse du test à quatre volets de Wigmore, lorsqu'elle fait remarquer à la p. 767:

[TRADUCTION] Un motif plus fréquemment mentionné [de favoriser les rapports entre membre du clergé et fidèle] est l'avantage que la société tire du bien-être mental, émotionnel et spirituel de ses membres. Un auteur a écrit que le privilège est important pour la santé et la stabilité de l'ensemble de la société et qu'il permet aux personnes de traiter de leurs problèmes et d'obtenir des résultats positifs. La personne qui se confesse ou qui demande des conseils peut recevoir le pardon, l'absolution, des conseils ou du réconfort et il peut en résulter un bien-être spirituel, émotionnel, mental et même physique. La société profite de la santé de ses citoyens et, pour un grand nombre de personnes, la religion, y compris les consultations confidentielles avec des membres du clergé, contribuent de façon importante à cette santé. [Renvois omis.]

Cet argument est fondé sur plusieurs énoncés. Premièrement, le caractère confidentiel doit être nécessaire pour permettre au membre du clergé de donner des conseils spirituels à une personne. Tiemann et Bush, *The Right to Silence: Privileged Clergy Communication and the Law* (2<sup>e</sup> éd. 1983), font remarquer à la p. 23:

[TRADUCTION] Il doit exister une confiance véritable entre le membre du clergé et le fidèle sinon leurs rapports ne peuvent atteindre le niveau de compréhension nécessaire à un bon soutien pastoral. Bien que le prêtre ou rabbin moyen ne soit pas prêt à s'engager dans une thérapie en profondeur, il ne pourrait y avoir d'obstacles aux rapports de conseiller qui peuvent empêcher ceux qui cherchent de l'aide de mentionner l'acte, le sentiment ou la circonstance même qui lui cause le plus de troubles spirituels. La confiance doit être complète pour

of a disclosure of the shared confidences should a court of law call the pastor or rabbi as a witness.

In addition, the utilitarian rationale rests in part on the view that, in the absence of complete confidentiality, individuals would be disinclined to approach and confide in religious leaders. Bentham, who supported an absolute class privilege for Roman Catholics communicating under the seal of confession, identified the problem of compelling the clergy to testify, and argued at p. 587 of vol. IV of *Rationale of Judicial Evidence* (1827):

What would be the consequence [of compelling testimony]? — That, of that quantity of confessorial evidence which is now delivered in secret for a purpose purely religious, a certain proportion (it is impossible to say what, but probably a very considerable one) would not be so delivered: would be kept back, under the apprehension of its being made use of for a judicial purpose. The rule would operate as a prohibition upon all such confessions for the spiritual purpose, as would be applicable to the temporal purpose . . . .

Yet, this argument is not solely concerned with numerical results, as Professor Mitchell observes at p. 765:

It would be difficult to test how many people fail to come forward for help because they fear disclosure. Furthermore, at issue is not just the *number* of persons who consult clergy or the *number* of consultations, but the *healing quality* of those consultations. [Footnote omitted; emphasis in original.]

Another benefit to society as a whole is articulated by Professor Cole in his article, *supra*. He suggests, at pp. 15-16:

Religious confidentiality is vitally important to the maintenance of religious organizations as well as to their individual members. An atmosphere of trust, made possible by the knowledge that communications made in secret will remain secret, is the keystone of strong clergy-communicant relationships which are in turn the cement that holds many religious organizations together. In a very real sense, then, the value of religious confidentiality is the value to society of religion and religious organizations generally. Even from a purely utilitarian

que les conseils du prêtre soient utiles. Aucune divulgation des confidences ne doit être possible si un tribunal cite le prêtre ou le rabbin comme témoin.

De plus, le raisonnement fondé sur le caractère utilitaire repose en partie sur l'opinion qu'en l'absence de secret total, un individu ne serait pas porté à consulter des autorités religieuses et à se confier à celles-ci. Bentham, qui était en faveur d'une catégorie absolue de privilège pour les catholiques romains qui communiquent sous le secret de la confession, a identifié le problème de l'obligation des membres du clergé à témoigner et s'est demandé à la p. 587 du vol. IV de *Rationale of Judicial Evidence* (1827):

[TRADUCTION] Quelle serait la conséquence [de l'obligation de témoigner]? — Que, de cette quantité de témoignages donnés dans le cadre de la confession qui sont alors communiqués en secret dans un but purement religieux, une certaine proportion (il est impossible de dire laquelle, mais une qui serait probablement très considérable) ne serait pas ainsi communiquée: elle serait retenue, de crainte qu'elle ne soit utilisée à des fins judiciaires. La règle constituerait une interdiction à l'égard de toutes ces confessions à des fins spirituelles car elle serait applicable à des fins temporelles . . . .

Toutefois, cet argument ne porte pas uniquement sur les résultats numériques, comme le fait remarquer le professeur Mitchell, à la p. 765:

[TRADUCTION] Il serait très difficile d'évaluer le nombre de personnes qui ne viennent pas demander de l'aide parce qu'elles craignent la divulgation. Qui plus est, la question ne porte pas seulement sur le *nombre* de personnes qui consultent le clergé ou sur le *nombre* de consultations, mais sur le *caractère curatif* de ces consultations. [Renvoi omis; en italique dans l'original.]

Le professeur Cole dans son article, précité, souligne un autre avantage pour l'ensemble de la société. Il dit, aux pp. 15 et 16:

[TRADUCTION] Le caractère confidentiel en matière religieuse a une importance vitale pour le maintien des organismes religieux ainsi que pour leurs membres. Une atmosphère de confiance, rendue possible par le fait qu'il est entendu que les communications faites en secret demeureront secrètes, constitue la pierre angulaire de rapports solides entre membre du clergé et fidèle, qui constituent, à leur tour, le ciment qui lie ensemble un grand nombre d'organismes religieux. Dans un sens très réel, alors, la valeur du caractère confidentiel en matière

perspective, that value cannot be overstated. Religious organizations based on claims to unchanging truths are a stabilizing influence in an increasingly fast-paced and atomized society where bonds of community are scarce and worth preserving. Moreover, many provide needed social services that government is unwilling or unable to provide in a cost-efficient and humane manner.

See also Yellin, "The History and Current Status of the Clergy-Penitent Privilege" (1983), 23 *Santa Clara L. Rev.* 95, at p. 113.

These societal interests are intuitively compelling, if they acknowledge a privilege in those uncommon situations where the confidentiality of a relationship is so fundamental that breaching it will do more harm than good to society. In those circumstances, public policy would be promoted at the cost of the search for truth.

#### (b) *Freedom of Religion*

Some scholars, including Professor Cole, prefer to base their support of a religious communications privilege on freedom of religion. Professor Cole writes, at p. 16:

Religious confidentiality, like other religious practices, should be afforded legal protection simply because all persons have a fundamental right to exercise those religious beliefs freely and without worry as to the popularity of their beliefs. Religious practices deserve legal protection not because the results of some cost-benefit analysis tip in their favor, but because it is fundamentally important that government respect the sincerely-held religious beliefs of its citizens. Religious confidentiality is founded on such beliefs and therefore deserves protection. [Emphasis added.]

As a policy basis for a privilege, freedom of religion (or conversely religious tolerance) was also the primary rationale advocated by Bentham, *supra*, at pp. 588-92, and is discussed by Professor Mitchell at

*a* religieuse constitue à l'égard de la société la valeur de la religion et des organismes religieux d'une manière générale. Même d'un point de vue strictement utilitaire, cette valeur ne saurait être exagérée. Les organismes religieux fondés sur des prétentions de vérités immuables ont une influence stabilisante dans une société en fragmentation où le rythme de vie est de plus en plus frénétique et où les liens sociaux sont rares et méritent d'être préservés. En outre, nombre de ces organismes fournissent des services sociaux nécessaires que le gouvernement refuse ou est incapable de fournir d'une manière humaine et efficace du point de vue financier.

*b* Voir également Yellin, «The History and Current Status of the Clergy-Penitent Privilege» (1983), 23 *Santa Clara L. Rev.* 95, à la p. 113.

*c* Ces intérêts de la société emportent intuitivement l'adhésion lorsqu'ils reconnaissent l'existence d'un privilège dans les situations peu communes où le caractère confidentiel d'un échange est tellement fondamental que sa violation fera plus de tort que de bien à la société. Dans de telles circonstances, on favoriserait l'intérêt public plutôt que la recherche de la vérité.

#### *b) Liberté de religion*

*d* *e* Certains auteurs, dont le professeur Cole, préfèrent fonder leur appui au privilège relatif aux communications religieuses sur la liberté de religion. Le professeur Cole écrit à la p. 16:

*f* [TRADUCTION] Le caractère confidentiel en matière religieuse, comme toute autre pratique religieuse, devrait être protégé par la loi simplement parce que toute personne a le droit fondamental de pratiquer ses croyances religieuses librement et sans inquiétude quant à la popularité de ces croyances. Les pratiques religieuses méritent la protection de la loi, non parce que les résultats d'une analyse du coût par rapport aux avantages leur sont favorables, mais parce qu'il est fondamentalement important que le gouvernement respecte les croyances religieuses sincères de ses citoyens. Le caractère confidentiel en matière religieuse est fondé sur ces croyances et mérite, par conséquent, d'être protégé. [Je souligne.]

*g* La liberté de religion (ou inversement la tolérance religieuse) constitue également le principe de base du raisonnement que préconisait M. Bentham, précité, aux pp. 588 à 592, et elle fait l'objet d'une analyse du

pp. 776-77. In particular Mitchell makes this observation at p. 776:

Although the accommodation of religion reflected in the clergy privilege may be partly an accommodation of the religious practices of *confiders*, surely it is also an accommodation of *clergy's* religious objections to disclosure. [Emphasis in original.]

Freedom of conscience and religion in Canada as well as freedom of thought and belief are guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be ignored in this discussion. The preamble to the *Charter* reads:

Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law;

Section 2 enshrines fundamental freedoms:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

- (a) freedom of conscience and religion;
- (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

The Court of Appeal in the present case, as well as the Ontario Court of Appeal in *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, have noted the potential impact of s. 2(a) of the *Charter* on the religious communications privilege. As this Court has held, even in the absence of constitutional challenge, the interests and values protected by the *Charter* should be considered to allow the common law to develop in accordance with those principles (*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, McIntyre J. for the majority, at p. 603, *Cloutier v. Langlois*, [1990] 1 S.C.R. 158, at p. 184). In effect, the inclusion of a guarantee of freedom of religion in the *Charter* indicates that a legal privilege for confidential religious communications is commensurate with Canadian values.

While the impact of the *Charter* in a particular case must, of course, be assessed on the facts of that case, the values outlined above and the constitutional

professeur Mitchell, aux pp. 776 et 777. En particulier, le professeur Mitchell fait cette observation à la p. 776:

[TRADUCTION] Bien que le respect de la religion que manifeste le privilège du clergé puisse être partiellement un respect des pratiques religieuses des *fidèles*, il s'agit certainement aussi du respect des objections religieuses du *clergé* à divulguer ces communications. [En italique dans l'original.]

La liberté de conscience et de religion au Canada ainsi que la liberté de pensée et de croyance sont garanties par la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peuvent être ignorées dans cette analyse. Le préambule de la *Charte* se lit ainsi:

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit;

L'article 2 énonce les libertés fondamentales:

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

- a) liberté de conscience et de religion;
- b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

La Cour d'appel, en l'espèce, de même que la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, ont noté l'effet possible de l'al. 2a) de la *Charte* sur le privilège relatif aux communications religieuses. Comme notre Cour l'a jugé, même en l'absence d'une contestation fondée sur la Constitution, les intérêts et les valeurs protégées par la *Charte* devraient être pris en considération pour permettre à la common law d'évoluer conformément à ces principes (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge McIntyre au nom de la majorité, à la p. 603; *Cloutier c. Langlois*, [1990] 1 R.C.S. 158, à la p. 184). En effet, l'inclusion de la garantie de liberté de religion dans la *Charte* indique qu'un privilège légal relatif aux communications religieuses confidentielles est à la mesure des valeurs canadiennes.

Bien que l'impact de la *Charte* dans un cas donné doive, évidemment, être évalué d'après les faits de l'affaire, les valeurs soulignées précédemment et la

protection of freedom of religion bring support to the recognition of a religious communications privilege at common law.

(c) *Privacy Interests*

A third potential rationale for a religious communications privilege relates to privacy. Professor Mitchell articulates this concern, at p. 768:

The privacy rationale rests the clergy privilege on each person's interest in the dignity of privacy for his most intimate relationships. A confider who seeks out a member of the clergy for confession and counsel draws on or establishes a soul-baring relationship as deeply intimate as any among family members. There is general repugnance at the law's intrusion into such a relationship.

Privacy values are distinct from the utilitarian view, because the emphasis for this rationale for the privilege is on a benefit to the individual, not to society as a whole. Professor Mitchell explains at p. 769:

Unlike Wigmore's utilitarian rationale, the privacy rationale justifies the clergy privilege primarily in terms of the participants' interests and not society's benefit — except to the extent that everyone benefits from living in a society in which the law does not intrude unnecessarily into people's private lives. Whereas the Wigmore rationale seems to imply that society favors persons confiding in their clergy, the privacy rationale is consistent with society's neutrality or even antipathy toward such confidences. The privacy rationale protects the clergy-confider relationship because the confider, and not society generally, values that relationship. One advantage, then, of the privacy rationale over the Wigmore rationale is that a privacy rationale maintains the privilege even in the face of popular loss of confidence in the clergy. A related advantage of the privacy rationale is that it does not depend on any showing that disclosure of confidences would in fact deter or inhibit relationships with clergy. In other words, the privacy rationale eliminates the need to meet Wigmore's second

garantie constitutionnelle de la liberté de religion appuient la reconnaissance d'un privilège relatif aux communications religieuses en common law.

a) *c) Intérêts en matière de protection de la vie privée*

Le troisième fondement possible d'un privilège relatif aux communications religieuses a trait à la protection de la vie privée. Le professeur Mitchell note cette préoccupation à la p. 768:

[TRADUCTION] Le principe relatif à la protection de la vie privée fonde le privilège du clergé sur l'intérêt qu'a chaque personne dans la dignité de la protection de la vie privée à l'égard de ses rapports les plus intimes. La personne qui va rencontrer un membre du clergé pour se confesser et obtenir des conseils établit des rapports qui mettent l'âme à nu, rapports aussi profondément intimes que ceux qui existent entre les membres d'une famille, et en tire profit. Généralement, on répugne à ce que le droit s'immisce dans de tels rapports.

Les valeurs relatives à la protection de la vie privée sont distinctes de celles de nature utilitaire, parce qu'elles mettent l'accent sur l'avantage qu'en retire le particulier et non pas l'ensemble de la société. Le professeur Mitchell explique, à la p. 769:

[TRADUCTION] Contrairement au raisonnement utilitaire de Wigmore, le raisonnement fondé sur la protection de la vie privée justifie le privilège du clergé principalement sur le plan des intérêts des participants et non de l'avantage pour la société — sauf dans la mesure où tout le monde profite de la vie dans une société où le droit ne s'immisce pas de manière inutile dans la vie privée des personnes. Tandis que le raisonnement de Wigmore semble présumer que la société favorise les personnes qui se confient à leur clergé, le raisonnement fondé sur la protection de la vie privée correspond à la neutralité ou même à l'antipathie de la société à l'égard de ces confidences. Le raisonnement fondé sur la protection de la vie privée protège les rapports entre le clergé et les fidèles parce que ce sont les fidèles, et non l'ensemble de la société, qui accordent de l'importance à ces rapports. Alors l'un des avantages du raisonnement fondé sur la protection de la vie privée par rapport au raisonnement de Wigmore est qu'il maintient le privilège même face à une perte de confiance populaire à l'égard du clergé. Un avantage connexe du raisonnement fondé sur la protection de la vie privée est qu'il ne dépend pas d'une démonstration que la divulgation des confidences empêcherait en fait les rapports avec le

and third prerequisites for a privilege. [Footnotes omitted.]

It should be stressed that this privacy interest does not simply address the interest all people have in the privacy of their conversations; it goes much further in that the individual seeks out the religious leader for spiritual guidance and assistance. This religious element in the relationship promotes special values of privacy characteristic of that relationship, and makes the privacy rationale a possible justification towards the recognition of the privilege.

One might note here the American constitutional dimension of the privacy concern, as expressed by Professor Mitchell at pp. 770-76. For a discussion of the interaction of privilege rules and state intrusions into private communications, see Goldsmith and Balmforth, "The Electronic Surveillance of Privileged Communications: A Conflict in Doctrines" (1991), 64 *S. Cal. L. Rev.* 903.

#### (d) *Other Concerns*

Other authors express the view that it would be impractical and futile to attempt to force the clergy to testify, because often the cleric would refuse. In his article "Confidential Communications to the Clergy" (1963), 24 *Ohio St. L.J.* 55, Professor Reese argues this point at p. 81:

Most clergy will not testify concerning confidential communications regardless of whether there is a statutory privilege. They are bound by an overpowering discipline that dictates the strictest standards of conduct concerning the maintenance of the inviolability of the confidential communication made to them in their ministerial capacity. . . . Therefore, in a state without the privilege, a clergyman facing contempt charges for refusing to testify would have little trouble making the decision about what to do. He would refuse, face contempt charges, and imprisonment. The pressure from an institutional standpoint would reinforce his determina-

<sup>a</sup>clergé ou nuirait à ceux-ci. En d'autres termes, le raisonnement fondé sur la protection de la vie privée élimine le besoin de satisfaire aux deuxième et troisième conditions préalables fixées par Wigmore pour qu'il y ait privilège. [Renvois omis.]

<sup>b</sup>Il convient de souligner que cet intérêt fondé sur la protection de la vie privée ne vise pas simplement l'intérêt que toute personne a à l'égard du caractère confidentiel de ses conversations; il va beaucoup plus loin du fait que l'individu cherche à communiquer avec une autorité religieuse en vue d'obtenir des conseils ou de l'aide de nature spirituelle. L'élément religieux de cet échange favorise les valeurs spéciales caractéristiques de la protection de la vie privée et fait en sorte que le raisonnement fondé sur la protection de la vie privée constitue une justification possible de la reconnaissance du privilège.

<sup>c</sup><sup>d</sup>On peut souligner ici le souci de protéger la vie privée dont fait état la Constitution américaine, comme l'a exprimé le professeur Mitchell, aux pp. 770 à 776. Pour une analyse de l'interaction des règles en matière de privilège et des intrusions de l'État dans les communications privées, voir Goldsmith et Balmforth, «The Electronic Surveillance of Privileged Communications: A Conflict in Doctrines» (1991), 64 *S. Cal. L. Rev.* 903.

#### <sup>e</sup><sup>f</sup>Autres préoccupations

D'autres auteurs ont exprimé l'opinion qu'il serait peu réaliste, voire futile de tenter d'obliger les membres du clergé à témoigner parce que, le plus souvent, les membres du clergé refuseraient. Dans son article «Confidential Communications to the Clergy» (1963), 24 *Ohio St. L.J.* 55, le professeur Reese soulève le point suivant, à la p. 81:

<sup>g</sup><sup>h</sup><sup>i</sup><sup>j</sup>[TRADUCTION] La plupart des membres du clergé ne témoigneraient pas en ce qui concerne des communications faites à titre confidentiel peu importe qu'il existe ou non un privilège prévu par la loi. Ils sont liés par une discipline rigide qui dicte les normes de conduite les plus strictes concernant le maintien de l'inviolabilité de la communication confidentielle qui leur a été faite dans le cadre de leur ministère [ . . . ] Par conséquent, dans un État où le privilège n'existe pas, un membre du clergé qui est possible d'outrage au tribunal pour refus de témoigner aurait peu de difficulté à décider ce qu'il doit faire. Il refuserait, serait accusé d'outrage au tribunal et

tion. To testify would cast doubt upon the security all people have toward the secrecy of confidential communications to the clergy.

This is perhaps what motivated Best C.M. to write in *Broad v. Pitt* (1828), 3 Car. & P. 518, 172 E.R. 528, at p. 519 and p. 529, respectively:

I, for one, will never compel a clergyman to disclose communications, made to him by a prisoner; but if he chooses to disclose them, I shall receive them in evidence.

Compelling disclosure, or charging a cleric in contempt, it is further argued, places the presiding judge in the position of having either to force the breach of a confidence, or to imprison the cleric, both of which may arguably bring disrepute to the system of justice: Reese, *supra*, pp. 60-61.

A final perspective which may be mentioned in passing is found in Professor Lyon's brief commentary, "Privileged Communications — Penitent and Priest" (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 327. He argues, at p. 327, that the "best reason" for granting the privilege is that "to admit in evidence confessions made to a priest would be so similar to admitting confessions made under duress to police that the idea should be expressly condemned by the common law".

## II—Historical and Jurisprudential Data

The appellant submits that the historical underpinnings of the religious communications privilege favour its recognition. A number of authors refer to Roman Catholic confession practices as the source from which any religious communications privilege in the common law would emanate. In apparent support of a privilege prior to the sixteenth century Reformation in England, various sources detail the relationship between the Roman Catholic church and the government in England, the coexistence of ecclesiastical and temporal laws, and the special legal privi-

possible d'emprisonnement. La pression, du point de vue institutionnel, renforcerait sa détermination. Le fait de témoigner jetterait un doute sur la sécurité dont jouissent toutes les personnes relativement au secret des communications faites à titre confidentiel aux membres du clergé.

C'est sans doute ce qui a poussé le magistrat en chef Best à écrire, dans l'arrêt *Broad v. Pitt* (1828), 3 Car. & P. 518, 172 E.R. 528, aux pp. 519 et 529, respectivement:

[TRADUCTION] Pour ma part, je n'obligerai jamais un membre du clergé à divulguer des communications qui lui ont été faites par un prisonnier; mais s'il choisit de les divulguer, je les recevrai en preuve.

On soutient, en outre, qu'obliger un membre du clergé à divulguer des communications confidentielles ou l'accuser d'outrage au tribunal a pour effet de forcer le juge du procès soit d'ordonner à cette personne de violer une confidence soit de l'emprisonner, deux éventualités susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice: Reese, précité, pp. 60 et 61.

Finalement, on peut mentionner, en passant, le bref commentaire du professeur Lyon, «Privileged Communications — Penitent and Priest» (1964-65), 7 *Crim. L.Q.* 327. Il soutient, à la p. 327, que le [TRADUCTION] «meilleur motif» de reconnaître le privilège est le fait que [TRADUCTION] «l'admission en preuve de confessions faites à un prêtre serait tellement semblable à l'admission de confessions faites sous la contrainte à des policiers que cette idée devrait être expressément condamnée par la common law».

## II—Historique et jurisprudence

L'appelante soutient que les fondements historiques du privilège relatif aux communications religieuses en favorisent la reconnaissance. Un certain nombre d'auteurs mentionnent les pratiques catholiques romaines en matière de confession comme la source de tout privilège relatif aux communications religieuses en common law. Au soutien apparemment de l'existence d'un tel privilège, antérieurement à la Réforme survenue au XVI<sup>e</sup> siècle en Angleterre, diverses sources citent les rapports qui existaient entre l'Église catholique romaine et le gouvernement

leges held by the clergy (see Pollock and Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I* (2nd ed. 1968), particularly vol. I, at pp. 437-57). An early statute in common law was the *Articuli Cleri*, enacted by the English Parliament in 1315: 9 Edw. 2, c. 10. The statute is summarized in Reeves, *History of the English Law* (1787), vol. 2, beginning at p. 291. The meaning of the actual provisions is, however, unclear: see Yellin, *supra*, at p. 99; Tiemann and Bush, *supra*.

Various authors were also cited to the Court to support the view that after the Reformation, or at least after the Restoration in the 1660s, the privilege fell into disfavour with the ascendancy of the Anglican Church of England, the increasing power of Parliament and the growing independence of courts from ecclesiastical influence. For more comprehensive historical discussions of the religious communications privilege, see Chambers and McInnes, "Commentary on *R. v. Church of Scientology and Zaharia*", in (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 176; Tiemann and Bush, *supra*, at pp. 34-54; Hogan, "A Modern Problem on the Privilege of the Confessional" (1951), 6 *Loyola L. Rev.* 1, at pp. 7-14; Yellin, "The History and Current Status of the Clergy-Penitent Privilege", *supra*, at pp. 96-104.

However, it is far from clear that, historically, the common law recognized the privilege, at least as it evolved through the centuries.

The case law which addresses this issue can be traced as far back as *Garnet's Trial* (1606), 2 How. St. Tr. 218, and a number of cases are listed in the Ontario Court of Appeal's reasons in *Re Church of Scientology*, *supra*, at p. 537. The cases, with some notable exceptions, do not support the existence of a "class" privilege for religious communications. Perhaps the most famous dicta is that of the Jessel M.R. in *Wheeler v. Le Marchant* (1881), 17 Ch. 675 (C.A.), who remarked (albeit in a case concerning the solicitor-client privilege) at p. 681:

en Angleterre, la coexistence des droits ecclésiastiques et temporels et les priviléges juridiques spéciaux détenus par le clergé (voir Pollock et Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I* (2<sup>e</sup> éd. 1968), particulièrement le vol. I, aux pp. 437 à 457)). Il existe une ancienne loi de common law, l'*Articuli Cleri* adoptée par le Parlement anglais en 1315: 9 Éd. 2, ch. 10. Cette loi est résumée par Reeves dans *History of the English Law* (1787), vol. 2, à partir de la p. 291. Toutefois, le sens de ses dispositions réelles n'est pas clair: voir Yellin, précité, à la p. 99; Tiemann et Bush, précité.

Divers auteurs nous ont également été cités à l'appui de l'opinion selon laquelle après la Réforme, ou du moins après la Restauration dans les années 1660, le privilège est tombé en disgrâce avec la montée de l'Église anglicane d'Angleterre, l'accroissement du pouvoir du Parlement et la montée de l'indépendance des tribunaux face à l'influence ecclésiastique. Pour des analyses historiques plus détaillées du privilège relatif aux communications religieuses, voir Chambers et McInnes, «Commentary on *R. v. Church of Scientology and Zaharia*», dans (1989), 68 *R. du B. can.* 176; Tiemann et Bush, précité, aux pp. 34 à 54; Hogan, «A Modern Problem on the Privilege of the Confessional» (1951), 6 *Loyola L. Rev.* 1, aux pp. 7 à 14; Yellin, «The History and Current Status of the Clergy-Penitent Privilege», précité, aux pp. 96 à 104.

Toutefois, il est loin d'être évident que, historiquement, la common law ait reconnu ce privilège, du moins tel qu'il a évolué au cours des siècles.

La jurisprudence qui porte sur cette question remonte aussi loin que l'affaire *Garnet's Trial* (1606), 2 How. St. Tr. 218, et un certain nombre d'arrêts sont énumérés dans les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Re Church of Scientology*, précité, à la p. 537. La jurisprudence, avec certaines exceptions importantes, n'appuie pas l'existence d'un privilège «générique» relatif aux communications religieuses. Sans doute l'opinion la plus célèbre est celle du maître des rôles Jessel dans *Wheeler v. Le Marchant* (1881), 17 Ch. 675 (C.A.), qui y a fait remarquer (même s'il s'agissait d'une affaire concernant le privilège du secret professionnel de l'avocat), à la p. 681:

There are many communications which, though absolutely necessary because without them the ordinary business of life cannot be carried on, still are not privileged. . . . Communications made to a priest in the confessional on matters perhaps considered by the penitent to be more important even than his life or his fortune, are not protected.

Indeed, one may find examples where the cleric <sup>b</sup> has apparently been imprisoned for failure to testify: see *R. v. Hay* (1860), 2 F. & F. 4, 175 E.R. 933, at p. 9 and p. 936, respectively.

Taken as a whole, then, neither the historical nor the jurisprudential data seems to support the existence of a class-based privilege for religious communications at common law in England.

### III—Recent Development in Canada and Other Countries

Currently there are two Canadian provinces, Quebec and Newfoundland, that have statutes which recognize a privilege for communications between a religious leader and an individual: Quebec's *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 9; *Evidence Act*, R.S.N. 1970, c. 115, s. 6. See also *Gill v. Bouchard* (1896), 5 Que. Q.B. 138, and *Ouellet v. Sicotte* (1896), 9 C.S. 463. Otherwise, the Canadian case law is almost silent on the subject. *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)*, *supra*, and *R. v. Medina*, (Ont. S.C., October 17, 1988, unreported) <sup>f</sup> are the only cases that I could find dealing squarely with the issue.

Although several Canadian law reform bodies have examined the issues of pastor-penitent privilege, few have demonstrated a desire to expand currently existing privileges requiring the exclusion of evidence of communications between an individual and a religious leader. (See *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (1982), at pp. 417-23; Ontario Law Reform Commission, *Report on the Law of Evidence* (1976), at pp. 145-46; Ontario, *Royal Commission Inquiry into Civil Rights* (The McRuer Report) (1968), vol. 2, at pp. 820-21; Law Reform Commission of Canada, *Report on Evidence* (1975), at pp. 29-34 and pp. 77-<sup>i</sup>

[TRADUCTION] Il existe un grand nombre de communications qui, bien qu'elles soient absolument nécessaires parce que, sans elles, la vie ne peut suivre son cours ordinaire, ne sont toujours pas privilégiées [ . . . ] Les communications faites à un prêtre dans le confessionnal sur des questions qui sont sans doute considérées par la personne qui se confesse comme plus importantes que sa vie ou sa fortune, ne sont pas protégées.

En fait, il existe des exemples où un membre du clergé a apparemment été emprisonné parce qu'il a refusé de témoigner: voir *R. v. Hay* (1860), 2 F. & F. 4, 175 E.R. 933, aux pp. 9 et 936, respectivement.

Dans l'ensemble, ni l'histoire ni la jurisprudence ne semblent appuyer l'existence d'un privilège général relatif aux communications religieuses en common law en Angleterre.

### III—Développements récents au Canada et dans d'autres pays

Actuellement, deux provinces canadiennes, le Québec et Terre-Neuve, reconnaissent dans leur loi un privilège relatif aux communications entre une autorité religieuse et un individu: *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, art. 9; *Evidence Act*, R.S.N. 1970, ch. 115, art. 6. Voir également *Gill v. Bouchard* (1896), 5 B.R. 138, et *Ouellet v. Sicotte* (1896), 9 C.S. 463. Par ailleurs, la jurisprudence canadienne est presque silencieuse sur le sujet. Les arrêts *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)*, précité, et *R. v. Medina*, (C.S. Ont., 17 octobre 1988, inédit) sont les seuls, que j'ai pu trouver, qui traitent directement de la question.

Bien que plusieurs organismes canadiens de réforme du droit aient examiné les questions du privilège relatif aux communications entre ministre du culte et fidèle, peu se sont montrés désireux d'élargir les priviléges qui existent actuellement et qui exigent l'exclusion des éléments de preuve de communications entre un individu et une autorité religieuse. (Voir *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve* (1983), pp. 465 à 472; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on the Law of Evidence* (1976), aux pp. 145 et 146; Ontario, *Royal Commission Inquiry into Civil Rights* (le rapport McRuer) (1968), vol. 2,

83 (see Study Paper No. 12, *Evidence: Professional Privileges Before the Courts* (1975)). Perhaps the most sympathetic to new privileges was the Law Reform Commission of Canada's *Report on Evidence*, *supra*. The new federal Evidence Code, as drafted by the Commission, would have allowed exclusion of evidence of confidential communications made to professionals, in their professional capacities, if the "public interest in the privacy of the relationship outweighs the public interest in the administration of justice": see pp. 29-34 and 77-83 and Study Paper No. 12 *Evidence: Professional Privileges Before the Courts*, *supra*, which endorsed a clergy privilege (at p. 17).

In fact, the trend in Canada is to limit the recognition of privileges generally in favour of the search for truth in the judicial process. Recent cases in this Court and comments bear this out; see Cotton, "Is there a Qualified Privilege at Common Law for Non-Traditional Classes of Confidential Communications? Maybe" (1990), 12 *Advocates' Q.* 195; Sim, "Privilege and Confidentiality: The Impact of Slavutych v. Baker on the Canadian Law of Evidence" (1984-85), 5 *Advocates' Q.* 357; McLachlin (now of this Court), "Confidential Communications and the Law of Privilege" (1977), 2 *U.B.C. L. Rev.* 266; *Moysa v. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 S.C.R. 1572; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

The privilege has, in the meantime, flourished in several other countries. The English position has not changed since *Wheeler v. Le Marchant* (see *Halsbury's Laws of England*, vol. 11(2), para. 1163, at note 5). The Irish position, on the other hand, appears to recognize the privilege: *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515 (H.C.); *In re Keller* (1887), 22 L.R.I. 158; *Tannian v. Synnott* (1903), 37 I.L.T. & Sol. J. 275. See also Lindsay, "Privileged Communications Part I: Communications with Spiritual Advisors" (1959), 13 N. Ir. L.Q. 160.

In Australia, three states have enacted statutes recognizing the privilege: Tasmania (*Evidence Act*,

aux pp. 820 et 821; Commission de réforme du droit du Canada, *Rapport sur la preuve* (1975), aux pp. 32 à 37 et aux pp. 87 à 95 (voir document préliminaire n° 12, *La preuve: Le secret professionnel devant les tribunaux* (1975)). Le *Rapport sur la preuve*, précité, de la Commission de réforme du droit du Canada est peut être le plus favorable à la création de nouveaux priviléges. Le nouveau Code fédéral de la preuve, rédigé par la Commission, aurait permis l'exclusion d'éléments de preuve tirés de communications faites à titre confidentiel aux membres de professions libérales dans l'exercice de leurs fonctions, si «la sauvegarde du droit à l'intimité l'emporte sur l'intérêt de l'administration de la justice»: voir aux pp. 32 à 37 et 87 à 95, et le document préliminaire n° 12, *La preuve: Le secret professionnel devant les tribunaux*, précité, qui endosse le droit au secret des membres du clergé (à la p. 19).

En fait, au Canada, la tendance générale est de limiter la reconnaissance des priviléges en faveur de la recherche de la vérité dans le processus judiciaire. Les arrêts récents de notre Cour ainsi que certains commentaires le soulignent; voir Cotton, «Is there a Qualified Privilege at Common Law for Non-Traditional Classes of Confidential Communications? Maybe» (1990), 12 *Advocates' Q.* 195; Sim, «Privilege and Confidentiality: The Impact of Slavutych v. Baker on the Canadian Law of Evidence» (1984-85), 5 *Advocates' Q.* 357; McLachlin (maintenant juge de notre Cour), «Confidential Communications and the Law of Privilege» (1977), 2 *U.B.C. L. Rev.* 266; *Moysa c. Alberta (Labour Relations Board)*, [1989] 1 R.C.S. 1572; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Entre-temps, le privilège s'est répandu dans plusieurs autres pays. La position anglaise n'a pas changé depuis l'arrêt *Wheeler v. Le Marchant* (voir *Halsbury's Laws of England*, vol. 11(2), par. 1163, à la note 5). Par ailleurs, la position irlandaise paraît reconnaître le privilège: *Cook v. Carroll*, [1945] Ir. R. 515 (H.C.); *In re Keller* (1887), 22 L.R.I. 158; *Tannian v. Synnott* (1903), 37 I.L.T. & Sol. J. 275. Voir également Lindsay, «Privileged Communications Part I: Communications with Spiritual Advisors» (1959), 13 N. Ir. L.Q. 160.

En Australie, trois États ont adopté des lois qui reconnaissent le privilège: Tasmanie (*Evidence Act*,

1910, s. 96(1)), Victoria (*Evidence Act*, 1958, No. 6246, s. 28) and New South Wales (*Evidence (Religious Confessions) Amendment Act*, 1989). See *R. v. Lynch*, [1954] Tas. S.R. 47 (S.C.). There are also statutory provisions protecting these communications in New Zealand: *Evidence Amendment Act (No. 2)* 1980, s. 31. See *R. v. Howse*, *supra*.

Each of the 50 American states now has a statute dealing with a privilege for religious communications (Professor Mitchell, *supra*, on p. 734, note 56, lists most of these provisions). Appellate courts have had numerous opportunities to interpret these statutes; for a recent example, see *People v. Edwards*, 248 Cal.Rptr. 53 (Cal.App. 1 Dist. 1988), *cert. denied* 109 S.Ct. 1158 (1989). In addition, federal evidence rules have allowed the privilege to be taken into account in some federal decisions: see *Mullen v. U.S.*, 263 F.2d 275 (1959). For a discussion of these statutes, see Plantamura, "The Clergyman-Penitent Privilege", in Stone and Liebman, eds., *Testimonial Privileges* (1983), p. 359.

Concerning the American Constitution, Campbell in her article "Catholic Sisters, Irregularly Ordained Women and The Clergy-Penitent Privilege" (1976), 9 *U.C. Davis L. Rev.* 523, observes at p. 525:

The amendment creates an inherent tension: to protect the free exercise of religion is often to aid in its establishment. This tension is reflected in the clergy-penitent privilege: to grant the privilege is to aid in the establishment of religion by protecting communications to members of the clergy; to deny the privilege is to prohibit the free exercise of religion by forcing the violation of the church law of some congregations.

See also Stoyles, "The Dilemma of the Constitutionality of the Priest-Penitent Privilege — The Application of the Religion Clauses" (1967), 29 *U. Pitt. L. Rev.* 27; Mitchell, *supra*, at pp. 777-85; Cole, *supra*, at pp. 35-50.

The appellant submits that this body of law and case law is persuasive evidence that the common law should recognize the privilege. It could equally be

1910, par. 96(1)), Victoria (*Evidence Act*, 1958, n° 6246, art. 28) et Nouvelle-Galles du Sud (*Evidence (Religious Confessions) Amendment Act*, 1989). Voir *R. v. Lynch*, [1954] Tas. S.R. 47 (C.S.). Il existe également des dispositions législatives qui protègent ces communications en Nouvelle-Zélande: *Evidence Amendment Act (No. 2)* 1980, art. 31. Voir *R. v. Howse*, précité.

*b* Chacun des 50 États américains a maintenant une loi qui traite du privilège relatif aux communications religieuses (le professeur Mitchell, précité, à la p. 734, note 56, énumère la plupart de ces dispositions). Les cours d'appel ont eu de nombreuses occasions d'interpréter ces lois; pour un exemple récent, voir *People v. Edwards*, 248 Cal.Rptr. 53 (Cal.App. 1 Dist. 1988), *cert. refusé* 109 S.Ct. 1158 (1989). De plus, les règles de preuve fédérales ont permis qu'il soit tenu compte du privilège dans certaines décisions fédérales: voir *Mullen v. U.S.*, 263 F.2d 275 (1959). Pour une analyse de ces lois, voir Plantamura, «The Clergyman-Penitent Privilege», dans Stone et Liebman, éd., *Testimonial Privileges* (1983), p. 359.

*c* En ce qui a trait à la Constitution américaine, Campbell, dans son article «Catholic Sisters, Irregularly Ordained Women and The Clergy-Penitent Privilege» (1976), 9 *U.C. Davis L. Rev.* 523, fait remarquer à la p. 525:

*[TRADUCTION]* L'amendement crée une tension inhérente: protéger le libre exercice de la religion revient souvent à aider à l'établir. Cette tension se reflète dans le privilège relatif aux communications entre membre du clergé et fidèle: le fait d'accorder le privilège aide à l'établissement de la religion par la protection des communications faites aux membres du clergé; le fait de refuser le privilège empêche le libre exercice de la religion par l'obligation de violer le droit ecclésiastique de certaines congrégations.

*i* Voir également Stoyles, «The Dilemma of the Constitutionality of the Priest-Penitent Privilege — The Application of the Religion Clauses» (1967), 29 *U. Pitt. L. Rev.* 27; Mitchell, précité, aux pp. 777 à 785; Cole, précité, aux pp. 35 à 50.

*j* L'appelante soutient que ces dispositions législatives et cette jurisprudence constituent une preuve convaincante que la common law devrait reconnaître

argued that not the Courts but the legislatures should be the bodies responsible for enacting such a privilege. But the statutory provisions suggest that the public interest in various jurisdictions has been served by the recognition of a privilege for confidential religious communications. This factor is also important to the assessment of the relevant test for recognition of a privilege in a particular case.

le privilège. Cependant, on peut également soutenir que ce ne sont pas les tribunaux mais les assemblées législatives qui devraient être les organismes chargés d'adopter un tel privilège. Les dispositions législatives laissent toutefois entendre que l'intérêt public dans diverses juridictions a été favorisé par la reconnaissance d'un privilège relatif aux communications religieuses confidentielles. Ce facteur est également important pour évaluer le test pertinent pour reconnaître une catégorie particulière de privilège.

#### IV—Summary

With these rationales and policy, and constitutional and historical considerations in mind, as well as the case law and the statutory provisions previously discussed, should this Court recognize a particular category of privileges for religious communications? While it may be that Parliament or the provincial legislatures are at liberty to enact statutory provisions creating such a privilege besides those already existing in Quebec and Newfoundland, it is my view that there is a human need for a spiritual counsellor, a need which, in a system of religious freedom and freedom of thought and belief, must be recognized. While serving a number of other policy interests, the values to society of "the human need to disclose to a spiritual counsellor, in total and absolute confidence, what are believed to be flawed acts or thoughts and to receive priestly consolation and guidance in return" in the words of Berger C.J. in *Trammel v. United States*, *supra*, at p. 51, must supercede the truth-searching policy.

#### IV—Résumé

Compte tenu de ces considérations de principe et d'ordre politique, constitutionnel et historique ainsi que de la jurisprudence et des dispositions législatives examinées précédemment, notre Cour devrait-elle reconnaître une catégorie particulière de priviléges en matière de communications religieuses? Bien que le Parlement ou les législatures provinciales soient libres d'adopter des dispositions législatives créant un tel privilège, autres que celles qui existent déjà au Québec et à Terre-Neuve, j'estime que tout être humain a besoin d'un conseiller spirituel, besoin qui, dans un système de liberté de religion et de liberté de pensée et de croyance, doit être reconnu. Tout en servant un certain nombre d'autres intérêts publics, les valeurs que représente pour la société [TRADUCTION] «le besoin humain de divulguer à un conseiller spirituel, avec une confiance totale et absolue, des actes ou des pensées qu'on croirait fautifs et de recevoir en retour réconfort et conseils de la part du prêtre», selon les termes du juge en chef Berger dans l'arrêt *Trammel v. United States*, précité, à la p. 51, doivent avoir préséance sur la politique de recherche de la vérité.

#### V—The Wigmore Approach and Religious Communications

While the category of pastor-penitent privilege was not specifically recognized as such in common law, it was not discouraged as long as the communication fell within the general test of Wigmore, a test which applied to all categories of privileges. Courts, including this Court have tended to consider this test to apply on a case-by-case basis: see *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254, at pp. 260-61; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry*

#### V—La position de Wigmore et les communications religieuses

Bien que la catégorie du privilège relatif aux communications entre ministre du culte et fidèle n'ait pas été reconnue précisément comme telle dans la common law, elle n'a pas été découragée dans la mesure où la communication s'inscrivait dans le cadre du test général de Wigmore, un test qui s'applique à toutes les catégories de priviléges. Les tribunaux, y compris notre Cour, ont eu tendance à considérer que ce test ne s'appliquait que cas par cas: voir *Slavutych c.*

(*Health Records in Ontario*), [1981] 2 S.C.R. 494, per Laskin C.J. dissenting at p. 512.

*Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254, aux pp. 260 et 261; *Soliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494, le juge en chef Laskin dissident à la p. 512.

<sup>a</sup>

The Chief Justice proposes that Wigmore's test continue to be used as a general approach to considering whether particular religious communications should be admitted into evidence, or found inadmissible by virtue of privilege. At this point it is useful to recall the conditions set out by Wigmore (para. 2285) to determine whether a particular communication should be considered privileged:

(1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.

<sup>b</sup>

(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

<sup>c</sup>

(3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.

<sup>d</sup>

(4) The *injury* that would injure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of the litigation. [Emphasis in original.]

<sup>e</sup>

It is interesting to note, however, that Dean Wigmore himself originally formulated the four canons of privilege in order to assess what kind of relationships would attract a new category of privilege. In fact, using his own four-step approach, Wigmore concluded that “[the pastor's] privilege has adequate grounds for recognition”: Wigmore, *supra*, at p. 878. The balancing of the societal interests of maintaining the confidential relationship (by assessing the potential injury done) with the truth-seeking function of the judicial system which Wigmore proposes have been dealt with earlier. An *ad hoc* approach to privilege may overshadow the long-term interest which the recognition of a religious privilege seeks to preserve. As Professor Mitchell, *supra*, writes at pp. 767-68:

<sup>f</sup>

Although Wigmore expressly contemplated a balancing of interests, he did not contemplate weighing clerics'

Le Juge en chef propose que le test de Wigmore continue d'être utilisé comme méthode générale pour déterminer si certaines communications religieuses devraient être admises en preuve ou jugées irrecevables en raison d'un privilège. À ce stade, il est utile de rappeler les conditions énoncées par Wigmore (par. 2285) pour déterminer si telle communication devrait être considérée comme privilégiée:

[TRADUCTION] (1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiallement* avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

<sup>g</sup>

(2) Le *caractère confidentiel doit être un élément essentiel* au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

<sup>h</sup>

(3) Les *rapports* doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être *entretenus assidûment*.

<sup>i</sup>

(4) Le *préjudice permanent* que subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l'avantage à retirer d'une juste décision*. [En italique dans l'original.]

<sup>j</sup>

Il est intéressant, toutefois, de souligner que le doyen Wigmore lui-même a initialement formulé ces quatre conditions du privilège pour évaluer le genre de rapports qui donneraient lieu à une nouvelle catégorie de privilège. En fait, en utilisant sa propre méthode à quatre volets, Wigmore a conclu que [TRADUCTION] «le privilège [du ministre du culte] possède des fondements suffisants pour être reconnu»; Wigmore, précité, à la p. 878. L'évaluation des intérêts de la société dans le maintien des rapports confidentiels (par l'évaluation de la possibilité de préjudice) et de la fonction de recherche de la vérité du système judiciaire que Wigmore propose, a été examinée précédemment. Une approche *ad hoc* du privilège peut éclipser l'intérêt à long terme que la reconnaissance d'un privilège de nature religieuse cherche à préserver. Comme le professeur Mitchell, précité, l'a écrit aux pp. 767 et 768:

<sup>k</sup>

[TRADUCTION] Bien que Wigmore ait expressément envisagé l'évaluation des intérêts, il n'a pas envisagé de

and confidors' interests in confidentiality against specific litigants' interests in the outcome of their litigation. Rather, he contemplated weighing *society's* interest in clergy-confider relationships generally against *society's* interest in access to full information in every litigation. Apparently, Wigmore also had in mind a single conclusive balancing that would determine whether, *in the long run*, society benefits more from nondisclosure than from disclosure. If so, the privilege should be recognized; if not, the privilege will fail. Wigmore was not advocating *ad hoc* judicial determinations following every individual claim of privilege. This all-or-nothing approach has been criticized by some who prefer more *ad hoc* balancing. . . . One danger of the *ad hoc* approach to privileges, however, is its tendency to focus on the palpable need for evidence in the individual case and to neglect more intangible and long-term interests. Even in *ad hoc* weighing, the balancer must take into account the long-term effects of disclosure on the practice of religion and the benefits the community derives from clergy's contributions to the health of many citizens. [Final emphasis added.]

In my view, it is more in line with the rationales identified earlier, the spirit of the *Charter* and the goal of assuring the certainty of the law, to recognize a pastor-penitent category of privilege in this country. If our society truly wishes to encourage the creation and development of spiritual relationships, individuals must have a certain amount of confidence that their religious confessions, given in confidence and for spiritual relief, will not be disclosed. Not knowing in advance whether his or her confession will be afforded any protection, a penitent may not confess, or may not confess as freely as he or she otherwise would. Both the number of confessions and their quality will be affected; see Mitchell at p. 763. The special relationship between clergy and parishioners may not develop, resulting in a chilling effect on the spiritual relationship within our society. In that case, the very rationale for the pastor-penitent privilege may be defeated. The lack of a recognized category also has ramifications for freedom of religion. Concerns about certainty apply as much to the devel-

soupeser les intérêts qu'ont les membres du clergé et les fidèles dans le caractère confidentiel par rapport aux intérêts précis qu'ont les parties dans l'issue de leur litige. Il a plutôt envisagé de soupeser l'intérêt qu'a la société dans les rapports entre les membres du clergé et les fidèles d'une manière générale, et l'intérêt qu'a la société dans l'obtention de renseignements complets dans chaque litige. Apparemment, Wigmore avait également à l'esprit une seule évaluation définitive qui permettrait de déterminer si, à *long terme*, la société profiterait plus de la non-divulgation que de la divulgation. Dans l'affirmative, le privilège devrait être reconnu; sinon, il ne devrait pas y avoir de privilège. Wigmore ne préconisait pas les décisions judiciaires *ad hoc* par suite de chaque demande particulière de privilège. Cette position du tout ou rien a été critiquée par certaines personnes qui préfèrent une évaluation mieux adaptée aux circonstances [...] Toutefois, un danger de l'approche *ad hoc* des priviléges est sa tendance à mettre l'accent sur le besoin manifeste d'éléments de preuve dans un cas en particulier et à négliger des intérêts à long terme moins évidents. Même dans le cas d'une évaluation adaptée aux circonstances, la personne qui évalue doit tenir compte des effets à long terme de la divulgation sur la pratique de la religion et des avantages que la société tire des contributions du clergé à la santé de nombreux citoyens. [Je souligne à la fin.]

À mon avis, il est plus conforme à la philosophie sous-jacente mentionnée précédemment, à l'esprit de la *Charte* et à l'objectif d'assurer le caractère certain du droit, de reconnaître une catégorie de priviléges relatifs aux communications entre ministre du culte et fidèle dans notre pays. Si notre société désire véritablement encourager la création et l'amélioration des rapports spirituels, les individus doivent avoir un certain degré de confiance que leurs confessions religieuses, faites de manière confidentielle et en vue d'obtenir un bienfait spirituel, ne seront pas divulguées. Ne sachant pas d'avance si sa confession sera protégée, un fidèle peut ne pas se confesser ou bien ne pas le faire aussi librement qu'il l'aurait fait autrement. Ceci entraînera des conséquences sur le nombre de confessions et sur leur qualité; voir Mitchell à la p. 763. Il est aussi possible que les rapports spéciaux entre membres du clergé et fidèles ne se développent pas et que cela ait pour effet de jeter une douche froide sur les rapports spirituels dans notre société. Dans ce cas, la justification rationnelle même du privilège relatif aux communications entre ministre de culte et fidèle peut être annihilée. L'absence

opment of specific religions as to spiritual practices in general.

Of course, this does not mean that every communication between pastor and penitent will be protected. The creation of the category simply acknowledges that our society recognizes that the relationship should be fostered, and that disclosure of communications will generally do more harm than good. Accordingly, the pastor-penitent relationship answers the third and fourth legs of the Wigmore test. But in any given case, the specific nature of the relationship must be examined to ensure it fits the category. Furthermore, the extent of the privilege will still be determined in accordance with the first and second legs of Wigmore's test.

## VI—General Application of the Privilege

In analyzing a claim for religious communications privilege, it goes almost without saying that the facts and circumstances of the particular case will be of primary importance.

A first step involves verifying whether communications fall into the pastor-penitent category at all. If the communications are not intended to be of a religious or spiritual nature, then the policy considerations articulated above will not apply. In *R. v. Medina, supra*, Campbell J. carefully considered a claim for privilege covering communications between a religious leader and an individual later accused of murder, who was attempting to flee the locale. He set out the following criteria for evaluating the confidentiality of the communication:

(1) Does the communication involve some aspect of religious belief, worship or practice?

(2) Is the religious aspect the dominant feature or purpose of the communication?

d'une catégorie reconnue de privilège a également des ramifications en ce qui a trait à la liberté de religion. Le souci quant au caractère de certitude s'applique autant à l'épanouissement de religions précises qu'aux pratiques spirituelles en général.

Évidemment, cela ne veut pas dire que chaque communication entre un ministre du culte et un fidèle sera protégée. La création d'une telle catégorie souligne simplement que notre société reconnaît que ces rapports doivent être favorisés et que la divulgation de ces communications fera généralement plus de mal que de bien. Par conséquent, pareils rapports entre ministre du culte et fidèle répondent aux troisième et quatrième volets du test de Wigmore. Toutefois, dans chaque cas, la nature précise de ces rapports doit être examinée pour voir s'ils entrent bien dans cette catégorie. Qui plus est, la portée du privilège sera toujours déterminée conformément aux premier et deuxième volets du test de Wigmore.

## VI—Application générale du privilège

Dans l'analyse d'une demande de privilège relatif aux communications religieuses, il va pratiquement de soi que les faits et les circonstances de chaque cas sont d'une importance primordiale.

Premièrement, il convient de vérifier si les communications s'inscrivent réellement dans la catégorie des communications entre ministre du culte et fidèle. Si les communications ne sont pas destinées à être de nature religieuse ou spirituelle, alors les considérations de principe mentionnées précédemment ne s'appliqueront pas. Dans l'arrêt *R. v. Medina*, précité, le juge Campbell a examiné soigneusement une demande de privilège visant les communications entre une autorité religieuse et un individu qui tentait de s'enfuir des lieux du crime et qui a, par la suite, été accusé de meurtre. Il a énoncé les critères suivants pour évaluer le caractère confidentiel de la communication:

[TRADUCTION] (1) La communication comporte-t-elle un aspect quelconque de croyance religieuse, de culte ou de pratique?

(2) L'aspect religieux constitue-t-il la caractéristique dominante ou le but principal de la communication?

(3) Even if the religious aspect is not the dominant purpose, how significant is it? Would the communication have been called into being without the religious aspect? . . .

(4) Is the religious aspect of the communication sincere or is it colourable? Did it amount to a good faith manifestation of religious belief, worship or practice?

The answers to these questions are helpful in determining whether the communications are of a religious or spiritual nature, and as such whether the values protected and promoted by the privilege would actually be fostered.

Once this first test has been met, the communication must be further scrutinized to see whether or not it meets the other aspects of the Wigmore test.

The first of these two aspects is that the religious communications must originate in the expectation that they will not be disclosed. It is clear that the requirement of confidentiality serves to stress that only private communications may be privileged. This analysis protects both privacy and utilitarian values. The analysis of this issue is a factual exercise, having regard to all the circumstances. In particular, the persons involved and the place where the communications take place will be relevant. In addition, the expectations of the people involved may be assessed through testimony where that is possible, and by some examination of the practices of the religious denomination involved. In making this latter assessment, however, an overly rigid application of the practice of the religious denomination should be avoided. Chambers and McInnis, *supra*, observe at p. 186:

It would be inconsistent with expectations if a communication received by a cleric in confidence was privileged only if the rules governing his or her conduct required the maintenance of secrecy.

This position is strengthened by reference to s. 27 of the *Charter*, which mandates an interpretation of the *Charter* consistent with the multicultural heritage of Canadians. The requirement or the availability of a confidential communications such as a confession will not be determinative of the availability of the

(3) Même si l'aspect religieux ne constitue pas le but principal, quelle importance a-t-il? La communication aurait-elle eu lieu sans l'aspect religieux? . . .

<sup>a</sup> (4) L'aspect religieux de la communication est-il sincère ou trompeur? Équivaut-il à une manifestation sincère de la croyance religieuse, du culte ou de la pratique?

<sup>b</sup> Les réponses à ces questions sont utiles pour déterminer si les communications sont de nature religieuse ou spirituelle et, à ce titre, si les valeurs protégées et encouragées par le privilège seraient réellement favorisées.

<sup>c</sup> Si la communication respecte ce premier critère, elle doit encore être examinée pour voir si elle satisfait aux autres aspects du test de Wigmore.

<sup>d</sup> Le premier de ces deux aspects veut que les communications religieuses soient faites dans l'espoir qu'elles ne seront pas divulguées. Il est clair que l'exigence du caractère confidentiel sert à souligner que seules les communications privées peuvent faire l'objet d'un privilège. Cette analyse protège les valeurs utilitaires et relatives à la protection de la vie privée. L'analyse de cette question en est une de faits, compte tenu de toutes les circonstances. En particulier, les personnes visées et l'endroit où les communications ont lieu sont pertinents. De plus, les attentes des personnes visées peuvent être évaluées au moyen de témoignages lorsque c'est possible et par un certain examen des pratiques du groupe religieux visé. Toutefois, il convient d'éviter une application trop rigide de la pratique du groupe religieux dans cette évaluation. Chambers et McInnis, précité, font remarquer, à la p. 186:

<sup>e</sup> <sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup> [TRADUCTION] Il ne serait pas conforme aux attentes qu'une communication reçue par un membre du clergé d'une manière confidentielle ne bénéficie d'un privilège que si les règles régissant sa conduite exigeaient le respect du secret.

<sup>i</sup> Cette position est renforcée par le renvoi à l'art. 27 de la *Charte* qui prescrit une interprétation de la *Charte* compatible avec le patrimoine multiculturel des Canadiens. L'exigence ou l'existence possible de communications confidentielles, telle la confession, ne sera pas déterminante quant à la reconnaissance

privilege, although it may be relevant. Accordingly, I would not accord "confessional" communications any "special privilege" going beyond the application of the principles defined here (see Ryan, "Obligation of the Clergy not to Reveal Confidential Information" (1991), 73 C.R. (3d) 217, at p. 218).

The second Wigmore criteria, that confidentiality be essential to the full maintenance of the relationship, highlights the narrow application of the privilege. The privacy interests of the religious leader and individual involved, in combination with the benefit to society of the relationship's confidentiality, will not be sufficient to pass the second criteria in every case. Determination of this issue will involve, among other things, a consideration of the nature of the particular relationship at bar and the nature of the cleric-individual relationship in broader terms.

In this context, the practice or procedure used to communicate and perhaps the very fact of confidential communication will have to be probed. An example of this type of analysis is found in *Slavutych, supra*. The relationship envisaged in the privilege is one in which the individual approaches the religious leader with the intent of gaining religious or spiritual comfort, advice, or absolution. For instance, the communications made in an effort to flee from the criminal justice system (see *R. v. Medina, supra*) will not attract the privilege since gaining the assistance of anyone, let alone a religious leader, to escape justice is not the kind of relationship society seeks to foster and, consequently, cannot be covered by the pastor-penitent privilege.

Finally, it will be recognized that there are a number of complex questions which may arise in the context of a claim for a religious communications privilege. Among these are the following: Who may claim the privilege? Does the privilege cover written as well as oral communications? What is the effect of a waiver by the confident? Does the religious leader

possible du privilège bien qu'elle puisse être pertinente. Par conséquent, je ne suis pas d'avis d'accorder aux communications «faites sous le secret de la confession» un «privilège spécial» qui aille au-delà de l'application des principes définis en l'espèce (voir Ryan, «Obligation of the Clergy not to Reveal Confidential Information» (1991), 73 C.R. (3d) 217, à la p. 218).

<sup>b</sup> Le deuxième élément du test de Wigmore, selon lequel le caractère confidentiel est essentiel au maintien complet des rapports, met en relief l'application étroite du privilège. Les intérêts en matière de protection de la vie privée qu'ont l'autorité religieuse et la personne visée, joints à l'avantage que procure à la société le caractère confidentiel des rapports, ne seront pas suffisants pour satisfaire, dans chaque cas, au deuxième élément du test. L'examen de cette question comportera, notamment, un examen de la nature des rapports particuliers dont il est question et de la nature des rapports entre un membre du clergé et un individu de manière générale.

<sup>c</sup> Dans ce contexte, la pratique ou la procédure utilisée pour communiquer et, sans doute, le fait même de la communication de nature confidentielle devront être examinés. L'arrêt *Slavutych*, précité, nous fournit un exemple de ce genre d'analyse. Les rapports visés par le privilège sont ceux dans lesquels la personne communique avec une autorité religieuse dans l'intention d'obtenir un réconfort spirituel ou religieux, un conseil ou l'absolution. Par exemple, les communications faites dans le but d'échapper au système de justice criminelle (voir *R. v. Medina*, précité) ne seront pas visées par le privilège car le fait d'obtenir l'aide d'une personne, encore moins celle d'une autorité religieuse, pour échapper à la justice ne constitue pas le genre de rapports que la société cherche à favoriser et, par conséquent, elles ne peuvent être visées par le privilège relatif aux communications entre ministre du culte et fidèle.

<sup>i</sup> Finalement, il faut reconnaître que plusieurs autres questions complexes peuvent se soulever à l'occasion d'une demande de privilège relatif à des communications religieuses, dont: Qui peut demander le privilège? Le privilège vise-t-il les communications écrites de même que les communications orales? Quel est l'effet d'une renonciation par le confident?

have an independent legally protected interest in the privileged communications, and if so what is its extent? In what circumstances may a privilege be claimed? (See *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)*, *supra*, which applied *Descôteaux v. Mierzynski*, [1982] 1 S.C.R. 860). These questions may eventually have to be considered by courts with regard to the principles articulated above but they must be left for another day since they do not arise in the present case.

## VII—Application to the Facts of the Case

In the present case, Krindle J. admitted the testimony given at the preliminary inquiry by Pastor Harmony Thiessen and Ms. Janine Frovich. The Court of Appeal, in dismissing the appeal, agreed. After consideration of the impact of the *Charter* and the case law, Twaddle J.A. applied Wigmore's four canons as follows at pp. 299-300:

On the issue of confidentiality, I am of the view that not one of Wigmore's four conditions is met. It may well be that the pastor and the counsellor each believed that her relationship with the accused Gruenke was of a confidential nature, but there was no evidence that the accused Gruenke made her admissions to them in the confident belief that they would be disclosed to no one. The pastor and the counsellor might be described as caring friends who offered emotional support and spiritual comfort. Whilst confidentiality might be a desirable aspect of that relationship, I do not think it was essential in the way that it was for the relationship of the priest and his parishioners in *Cook v. Carroll*, *supra*. However the relation between Gruenke and the church workers may be labelled, on the facts of this case it is not one which the community opinion requires to be fostered sedulously. Nor is the public interest in fostering it so great as to require the exclusion of Gruenke's otherwise admissible statements as evidence on a charge of first degree murder.

Counsel for the appellant maintained that the communications were of a religious or a spiritual nature, particularly considering that the appellant had

L'autorité religieuse a-t-elle, dans les communications privilégiées, un intérêt indépendant protégé par la loi et, le cas échéant, dans quelle mesure? Dans quelles circonstances un privilège peut-il être demandé? (Voir *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)*, précité, qui a appliqué l'arrêt *Descôteaux c. Mierzynski*, [1982] 1 R.C.S. 860). Ces questions peuvent éventuellement faire l'objet d'un examen par les tribunaux en regard des principes énoncés précédemment, mais il n'y a pas lieu de les trancher ici car elles n'ont pas été soulevées.

## VII—Application aux faits de l'espèce

En l'espèce, le juge Krindle a admis le témoignage rendu à l'enquête préliminaire par le pasteur Harmony Thiessen et M<sup>me</sup> Janine Frovich. La Cour d'appel s'est ralliée à l'opinion du juge du procès en rejetant l'appel. Après avoir examiné l'effet de la *Charte* et de la jurisprudence, le juge Twaddle a appliqué les quatre volets du test de Wigmore de la manière suivante, aux pp. 299 et 300:

[TRADUCTION] Quant à la question du caractère confidentiel, je suis d'avis qu'on n'a satisfait à aucune des quatre conditions de Wigmore. Il se peut bien que le pasteur et la conseillère aient toutes les deux cru que leurs rapports avec l'accusée Gruenke étaient de nature confidentielle, mais il n'y a aucune preuve que l'accusée Gruenke leur a fait ses aveux confidentiellement avec l'assurance qu'ils ne seraient pas divulgués. Le pasteur et la conseillère peuvent être décrites comme des amies bienveillantes qui ont offert un soutien émotionnel et un réconfort spirituel. Même si le caractère confidentiel pouvait être un aspect souhaitable de ces rapports, je ne crois pas qu'il était essentiel de la même manière qu'il l'était pour les rapports entre le prêtre et ses paroissiens dans l'arrêt *Cook v. Carroll*, précité. De quelque manière que puissent être désignés les rapports qui existaient entre Gruenke et les membres de l'Église, d'après les faits de l'espèce, ce ne sont pas des rapports qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être entretenus assidûment. L'intérêt public dans l'entretien des rapports n'est pas important au point d'exiger l'exclusion de déclarations normalement admissibles de Gruenke à titre d'éléments de preuve dans une accusation de meurtre au premier degré.

L'avocat de l'appelante soutient que les communications étaient de nature religieuse ou spirituelle, particulièrement si l'on considère que l'appelante est

attended the Pastor's church and several counselling sessions with Ms. Frovich. The Chief Justice's recitation of the testimony reveals that the appellant approached the communications in question to determine whether "... if someone had committed murder, could God forgive that . . ." This would support the appellant's view that the communications were, at least in part, for a spiritual or religious purpose.

allée à l'église du pasteur et a assisté à plusieurs sessions d'assistance socio-psychologique avec M<sup>me</sup> Frovich. L'extrait de la preuve que cite le Juge en chef révèle que l'appelante a fait les communications en question pour déterminer si [TRADUCTION] «... une personne qui avait commis un meurtre pouvait être pardonnée par Dieu . . .» Cet extrait est de nature à appuyer la prétention de l'appelante selon laquelle les communications ont été faites, du moins en partie, à des fins spirituelles ou religieuses.

However, I share the Chief Justice's view that, in the circumstances of this case, the communications did not originate in the confidence that they would not be disclosed. Although the people involved did converse in private, there is no evidence that the appellant believed or had reason to believe that the conversations were intended to be entirely confidential. It is apparent that she felt remorse and sought out comfort advice and guidance from her religious leaders. Yet, the evidence does not suggest an expectation of complete confidentiality. Rather, the testimony suggests that the appellant herself was preparing to divulge all the information the next day and wanted to tell her (later) co-accused, Mr. Fosty, of her intentions.

Toutefois, je partage l'opinion du Juge en chef que, dans les circonstances de l'espèce, les communications n'ont pas été faites confidentiellement avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées. Bien que les personnes visées aient effectivement parlé en privé, il n'y a aucune preuve que l'appelante croyait ou avait des raisons de croire que les conversations seraient entièrement confidentielles. Il est évident qu'elle avait des remords et qu'elle cherchait un réconfort et des conseils auprès de ses autorités religieuses. Toutefois, il ne ressort pas de la preuve qu'elle s'attendait au secret complet. Plutôt, le témoignage laisse entendre que l'appelante elle-même était prête à divulguer tous les renseignements le lendemain et voulait faire part de ses intentions à celui qui, par la suite, devait être son coaccusé, M. Fosty.

I want to reiterate, at this point, that the absence of a church practice of confession of sin is not, in my view, determinative of the question of confidentiality. In any event, I agree with the Chief Justice that the evidence in this case does not attract the privilege of religious communications, although, arguably the communication was made for a religious or spiritual purpose.

À ce stade, je tiens à réitérer que l'absence de pratique de confession des péchés dans une Église donnée n'est pas, à mon avis déterminante quant au caractère confidentiel de la communication. De toute façon, je souscris à l'opinion du Juge en chef selon laquelle la preuve en l'espèce n'entraîne pas l'application du privilège relatif aux communications religieuses, bien qu'on puisse soutenir que la communication a été faite à des fins religieuses ou spirituelles.

Since I agree with the Chief Justice regarding the other grounds of appeal, I would dispose of this appeal as he suggests.

D'accord avec le Juge en chef en ce qui a trait aux autres moyens d'appel, je suis d'avis de statuer sur le présent pourvoi comme il le suggère.

*Appeal dismissed.*

i Pourvoi rejeté.

*Solicitor for the appellant: Allan S. Manson, Kingston.*

Procureur de l'appelante: Allan S. Manson, Kingston.

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

j Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.