

**David Benson** *Appellant*

v.

**Jason D. Brown and Her Majesty  
The Queen** *Respondents*

and

**The Federation of Law Societies of Canada,  
Todd Ducharme, Peter Copeland and  
the Criminal Lawyers' Association  
(Ontario)** *Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. BROWN**

**Neutral citation: 2002 SCC 32.**

File No.: 28635.

2002: January 23; 2002: March 28.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPERIOR COURT OF  
JUSTICE FOR ONTARIO

*Criminal law — Fair trial — Full answer and defence — Solicitor-client privilege — Accused charged with murder — Third party allegedly confessing to murder to his lawyers — Accused seeking production of lawyers' files — Whether trial judge properly applied threshold and innocence at stake tests set out in McClure — Proper scope of disclosure order — Degree of immunity to be provided to privilege holder.*

About three weeks after a man who had been found stabbed in the chest died in hospital, R told the police that her then boyfriend, the appellant, had told her that he was the person who had killed the deceased; she said that he had also told her that he had confessed to his lawyers. The police investigated the appellant in relation to the homicide for a number of months. The investigation included a consent wiretap of R's home telephone and the interception of her communications with the appellant using a body pack. Armed with a search warrant, the police seized clothing, knives and footwear from the appellant's residence. All items tested negative for the

**David Benson** *Appellant*

c.

**Jason D. Brown et Sa Majesté  
la Reine** *Intimés*

et

**La Fédération des ordres professionnels de  
juristes du Canada, Todd Ducharme, Peter  
Copeland et Criminal Lawyers' Association  
(Ontario)** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BROWN**

**Référence neutre : 2002 CSC 32.**

N° du greffe : 28635.

2002 : 23 janvier; 2002 : 28 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR SUPÉRIEURE DE JUSTICE  
DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Procès équitable — Défense pleine et entière — Secret professionnel de l'avocat — Accusé inculpé de meurtre — Aveu de meurtre qu'un tiers aurait fait à ses avocats — Demande de l'accusé visant la production de dossiers des avocats — Le juge du procès a-t-il appliqué correctement le critère préliminaire et le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé établis dans McClure? — Étendue à donner à l'ordonnance de divulgation — Degré d'immunité à accorder au détenteur du privilège.*

Environ trois semaines après la mort d'un homme à l'hôpital — l'homme ayant été découvert poignardé à la poitrine —, R informe la police que l'appelant, son petit ami de l'époque, lui a dit que c'était lui qui avait tué le défunt; elle déclare qu'il lui a aussi dit qu'il avait avoué son crime à ses avocats. La police enquête sur l'appelant pendant plusieurs mois relativement à cet homicide. L'enquête comprend notamment une mise sur écoute consensuelle du téléphone résidentiel de R et l'interception de ses communications avec l'appelant au moyen d'un micro-émetteur de poche. Munie d'un mandat de perquisition, la police saisit des vêtements, des couteaux

blood of the deceased. The appellant has since denied killing the deceased. The appellant was never charged with respect to the murder and the investigation against him was dropped.

The accused was seen looking for the deceased on the morning the deceased was killed. A videotape showed the accused entering his own apartment building, located one block from the crime scene, less than an hour after the deceased had been found stabbed. Under warrant, the police seized from the accused's apartment a napkin with the deceased's pager number on it. The accused was charged with the deceased's murder shortly after a jailhouse informant reported that he had overheard a conversation between the accused and a third inmate. According to the informant, the accused told the third inmate that he had purchased drugs from the deceased and stabbed him. Although the informant was called as a witness at the preliminary hearing, the prosecutor has not yet received approval from the Attorney General's in-custody informer committee to call him at trial. The accused brought a *McClure* application for an order compelling production of the files, documents and notes, if any, relating to communications between the appellant and his lawyers concerning the appellant's involvement in the deceased's death. The motions judge found that the accused had satisfied both the threshold question and the innocence at stake test of the *McClure* application. He ordered production of one document and portions of other documents.

*Held:* The appeal should be allowed and the motions judge's order for production set aside.

*Per* McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ.: The *McClure* test for infringing solicitor-client privilege is stringent, and will only be satisfied in rare circumstances. Before the test is even considered, the accused must establish that the information he is seeking in the solicitor-client file is not available from any other source and that he is unable to raise a reasonable doubt as to his guilt in any other way. "Information" in the context of this threshold question must mean more than simple knowledge of a fact. A *McClure* application should only succeed on the threshold question if the accused does not have access to other information that will be admissible at trial. In this case the accused had another source of information regarding the appellant's confession in the form of R's testimony. However, the motions judge expressed serious concerns about the admissibility of such testimony and about whether, if admissible, it would be believed at trial. In the end, having interpreted "information" as meaning

et des chaussures à la résidence de l'appellant. Les analyses effectuées sur ces objets ne révèlent aucune trace de sang du défunt. Depuis, l'appellant nie avoir tué le défunt. Il n'a jamais été accusé de ce meurtre et l'enquête le concernant est abandonnée.

L'accusé est vu en train de chercher la victime le jour du meurtre. Une bande-vidéo le montre entrant dans son immeuble d'habitation, situé à un pâté de maisons du lieu du crime, moins d'une heure après la découverte du corps poignardé du défunt. En vertu d'un mandat, la police saisit à l'appartement de l'accusé une serviette de table sur laquelle est inscrit le numéro de téléavertisseur du défunt. L'accusé est inculpé du meurtre de celui-ci peu de temps après qu'un indicateur incarcéré a signalé qu'il avait surpris une conversation entre l'accusé et un troisième détenu. Selon cet indicateur, l'accusé a dit à ce dernier qu'il avait acheté de la drogue à la victime et qu'il l'avait poignardée. Bien que l'indicateur ait été assigné comme témoin à l'enquête préliminaire, le substitut du procureur général n'a pas encore obtenu l'autorisation du comité des dénonciateurs sous garde, au bureau du procureur général, de le faire comparaître au procès. L'accusé présente une requête de type *McClure* visant la production des dossiers, documents et notes, le cas échéant, relatifs aux communications entre l'appellant et ses avocats concernant l'implication de ce dernier dans la mort de la victime. Le juge des requêtes conclut que l'accusé a satisfait au critère préliminaire et au critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé énoncés dans *McClure*. Il ordonne la production d'un document en entier et de parties d'autres documents.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de production rendue par le juge des requêtes est annulée.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et LeBel : Le test de l'arrêt *McClure* qui permet d'écarter le secret professionnel de l'avocat est rigoureux, et il n'y sera satisfait que dans de rares circonstances. Avant même que le test soit examiné, l'accusé doit établir que les renseignements qu'il recherche dans le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat ne peuvent pas être obtenus ailleurs et qu'il est incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Le terme « renseignements » utilisé dans le cadre du critère préliminaire signifie davantage que la simple connaissance d'un fait. Une demande de type *McClure* ne devrait franchir l'étape du critère préliminaire que si l'accusé n'a pas accès à d'autres renseignements qui seront admissibles au procès. En l'espèce, l'accusé disposait d'une autre source de renseignements concernant l'aveu de l'appellant : le témoignage de R. Cependant, le juge des requêtes a exprimé de sérieuses réserves quant

“potentially substantively usable and reliable evidence”, the motions judge concluded that the privileged information was not otherwise available.

The motions judge reached this conclusion prematurely. While there are undoubtedly some obstacles to the admission of R’s evidence, it is not clear that it will be inadmissible. First, there is a significant degree of necessity to her testimony, in that, absent a successful *McClure* application, it is the only evidence of the appellant’s confession, which may exculpate the accused. Second, it may be considered sufficiently reliable to be admitted under an exception to the hearsay rule. Finally, there is some potential that the confession to R may be admissible as a declaration against penal interest. The motions judge ought to have held a *voir dire* to determine the admissibility of R’s hearsay testimony before concluding that the requested information was not available from another source. If it is found to be admissible, then the *McClure* application should fail on the threshold question because the requested information is available from another source as admissible evidence. Furthermore, prior to ruling on the *McClure* application, the motions judge should have decided whether the appellant waived his solicitor-client privilege by telling R about his solicitor-client communications. Only if the motions judge had concluded that there was no waiver and that R’s testimony was inadmissible should he have proceeded to the other elements of the *McClure* test.

The motions judge erred in reaching his conclusion that the accused could not raise a reasonable doubt as to his guilt in any other way. Although it is too early to decide the issue, with only circumstantial evidence it is speculative that the Crown could prove its case against the accused beyond a reasonable doubt. The only other evidence that may implicate the accused is that of the jailhouse informant who allegedly overheard the accused confessing to another inmate. As there has yet been no decision to call the informant to testify, it would be premature to conclude that the accused will be unable to raise a reasonable doubt without invading the appellant’s solicitor-client privilege.

The motions judge applied the first stage of the innocence at stake test correctly. There was a sufficient

à l’admissibilité en preuve de ce témoignage et quant à savoir si, une fois jugé admissible, il serait cru au procès. Finalement, après avoir interprété le terme « renseignements » comme désignant des « éléments de preuve pouvant s’avérer substantiellement utilisables et fiables », le juge des requêtes a conclu que les renseignements protégés ne pouvaient pas être obtenus ailleurs.

Le juge des requêtes a tiré cette conclusion prématurément. Bien qu’il ne fasse aucun doute que certains obstacles à l’admission du témoignage de R existent, il n’est pas certain qu’il ne sera pas admis en preuve. Premièrement, ce témoignage comporte un degré important de nécessité puisque, en cas d’échec de la demande de type *McClure*, il constituera la seule preuve de l’aveu de l’appelant pouvant disculper l’accusé. Deuxièmement, il pourrait être jugé suffisamment fiable pour être admis comme exception à la règle de l’exclusion du ouï-dire. Enfin, il est possible que l’aveu à R soit admissible à titre de déclaration contre l’intérêt pénal. Le juge des requêtes aurait dû tenir un *voir-dire* pour déterminer l’admissibilité du témoignage de ouï-dire de R avant de conclure que les renseignements demandés ne pouvaient pas être obtenus ailleurs. Si le témoignage est jugé admissible, la demande de type *McClure* devrait alors être rejetée à l’étape du critère préliminaire parce que les renseignements demandés peuvent être obtenus ailleurs et qu’ils sont admissibles en preuve. Par ailleurs, avant de statuer sur la demande de type *McClure*, le juge des requêtes aurait dû déterminer si l’appelant avait renoncé à son privilège en révélant ses communications avocat-client à R. Le juge des requêtes ne pouvait passer aux autres étapes du test de l’arrêt *McClure* qu’après avoir conclu qu’une telle renonciation n’existait pas et que le témoignage de R était inadmissible en preuve.

Le juge des requêtes a commis une erreur en concluant que l’accusé ne pouvait pas susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité par d’autres moyens. Bien qu’il soit encore trop tôt pour trancher la question, c’est seulement conjecture que de présumer que le ministère public réussirait, sur la foi uniquement d’éléments de preuve circonstancielle, à établir sa preuve contre l’accusé hors de tout doute raisonnable. Le seul autre élément de preuve pouvant compromettre l’accusé réside dans la déclaration de l’indicateur incarcéré qui prétend avoir entendu l’accusé confesser son crime à un autre détenu. Comme il n’a pas encore été décidé si l’indicateur sera appelé à témoigner, il serait prématuré de conclure que l’accusé sera incapable de susciter un doute raisonnable sans que soit levé le secret professionnel de l’avocat de l’appelant.

Le juge des requêtes a correctement appliqué la première étape du critère de la démonstration de

evidentiary basis to find that some solicitor-client communications exist. Further, the solicitor-client communications, if they exist, are capable of raising a reasonable doubt as to the accused's guilt.

While a *McClure* application should not be used as a discovery process to allow the defence or the trial judge to interrogate the solicitor, the disclosure should not be strictly limited to written communications contained in the file. The rationale for breaching privilege with respect to written materials is equally applicable to oral communications. An accused should not face the likelihood of wrongful conviction simply because a third party's solicitor-client communications were not committed to paper.

Privilege holders whose solicitor-client communications are disclosed pursuant to a *McClure* application must be protected by the residual principle against self-incrimination contained in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The privilege holder should be subject to the same *Charter* protections that would apply had he been compelled to testify as a witness, namely, use immunity and derivative use immunity. Use and derivative use immunity should prohibit the Crown both from using the communications as direct evidence against the privilege holder and from using the communications to impeach the privilege holder if and when he is himself an accused. That does not mean, however, that the disclosure of privileged information under a *McClure* application should give rise to so-called "transactional" immunity (i.e., immunity from any future criminal prosecution for the crimes which are the subject of the solicitor-client communications).

*Per* L'Heureux-Dubé and Arbour JJ.: Major J.'s reasons were agreed with, subject to the following additional comments. In the course of *McClure* applications, trial judges should examine all alternatives to infringing the solicitor-client privilege in the same spirit and with the same flexibility as the policy considerations that led to the creation of the *McClure* rule in the first place. A court has the discretion to relax strict rules of evidence in favour of the accused where it is necessary to prevent a miscarriage of justice. Logic, principle and policy dictate that if one of the most stringent exclusionary rules, the solicitor-client privilege, is to yield to concerns about convicting an innocent person, other exclusionary rules should yield first. In the case of hearsay, threshold concerns about necessity and reliability, which reflect issues of fairness to the opponent in the adversary system,

l'innocence de l'accusé. Il y avait des éléments de preuve suffisants pour conclure à l'existence de communications avocat-client. De plus, les communications avocat-client peuvent, si elles existent, susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

Les demandes de type *McClure* ne devraient pas être utilisées comme mécanisme de communication préalable permettant à la défense ou au juge du procès d'interroger l'avocat, mais la divulgation ne devrait pas être strictement limitée aux communications écrites contenues au dossier. La raison d'être de la levée du privilège sur les écrits s'applique aussi bien aux communications orales. Un accusé ne devrait pas être exposé à la possibilité d'être injustement déclaré coupable simplement parce que les communications d'un tiers protégées par le secret professionnel de l'avocat n'ont pas été consignées par écrit.

Les détenteurs du privilège dont les communications avec leur avocat sont divulguées dans le cadre d'une demande de type *McClure* doivent être protégés par le principe résiduel interdisant l'auto-incrimination contenu à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le détenteur du privilège doit bénéficier des mêmes protections qu'un témoin contraignable, soit l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre l'utilisation d'une preuve dérivée. Ces immunités interdisent au ministère public d'utiliser les communications comme preuve directe contre le détenteur du privilège et de les utiliser pour attaquer sa crédibilité s'il est lui-même l'accusé. Toutefois, cela ne veut pas dire que la divulgation de renseignements protégés en vertu d'une demande de type *McClure* doive entraîner l'immunité dite « à l'égard d'une affaire donnée » (c'est-à-dire l'immunité à l'égard de toute poursuite au criminel dans l'avenir pour des crimes qui sont l'objet des communications entre l'avocat et son client).

*Les* juges L'Heureux-Dubé et Arbour : Il y a accord avec les motifs du juge Major, sous réserve des commentaires qui suivent. Dans le cadre des demandes de type *McClure*, les juges du procès doivent examiner toutes les solutions de rechange à la levée du privilège dans le même esprit et avec la même souplesse que les considérations d'intérêt public qui ont présidé à la création de la règle énoncée dans cet arrêt. Le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'assouplir en faveur de l'accusé des règles de preuve strictes lorsque cela est nécessaire pour éviter une erreur judiciaire. La logique, les principes et les considérations d'intérêt public dictent que si l'une des règles d'exclusion les plus rigoureuses, soit le privilège du secret professionnel de l'avocat, doit céder le pas devant la crainte de condamner un innocent, alors d'autres règles d'exclusion devraient d'abord céder le pas. Dans le cas

should be weighed against the dangers of convicting an innocent person and the undesirability of intruding into confidences made to a solicitor.

### Cases Cited

By Major J.

**Applied:** *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; **referred to:** *R. v. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321; *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973); *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76.

By Arbour J.

**Applied:** *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14; **referred to:** *R. v. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, aff'g (1992), 73 C.C.C. (3d) 65; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740.

### Statutes and Regulations Cited

*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, s. 5(2) [repl. 1997, c. 18, s. 116].  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(c), 13.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 278.1-278.91 [ad. 1997, c. 30, s. 1], 278.7(3) [*idem*], 674, 675, 690.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37].

### Authors Cited

Berger, Mark. *Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination*. Lexington, Mass.: Lexington Books, 1980.

du oui-dire, les considérations relatives à la nécessité et à la fiabilité, qui traduisent le souci d'équité envers la partie adverse dans le système contradictoire, devraient être pondérées avec les dangers de condamner un innocent et l'ingérence indésirable dans les confidences faites à un avocat.

### Jurisprudence

Citée par le juge Major

**Arrêt appliqué :** *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; **arrêts mentionnés :** *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321; *Chambers c. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973); *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76.

Citée par le juge Arbour

**Arrêt appliqué :** *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14; **arrêts mentionnés :** *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, conf. (1992), 73 C.C.C. (3d) 65; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11(c), 13.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 278.1-278.91 [aj. 1997, ch. 30, art. 1], 278.7(3) [*idem*], 674, 675, 690.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37].  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 5(2) [rempl. 1997, ch. 18, art. 116].

### Doctrine citée

Berger, Mark. *Taking the Fifth : The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination*. Lexington, Mass. : Lexington Books, 1980.

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

APPEAL from judgments of the Ontario Superior Court of Justice, [2001] O.J. No. 3408 (QL), [2001] O.J. No. 3409 (QL). Appeal allowed.

*Richard G. Litkowski*, for the appellant.

*John M. Rosen*, for the respondent Jason D. Brown.

*Christine Bartlett-Hughes*, for the respondent Her Majesty the Queen.

*Clayton C. Ruby*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

*Anil K. Kapoor*, for the interveners Todd Ducharme and Peter Copeland.

*Leslie Pringle*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. was delivered by

MAJOR J. —

## I. Introduction

<sup>1</sup> This appeal deals with the application of the test set out in *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14. It raises again the competing interests of solicitor-client privilege and an accused's right under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to make full answer and defence. Both are fundamental tenets of our system of justice. In *McClure*, this Court recognized that solicitor-client privilege is not absolute and may, in rare circumstances, be required to yield in order to permit an accused to make full answer and defence to a criminal charge.

<sup>2</sup> While it is impossible to place either right higher on a hierarchy, as these reasons hope to explain, Canadians' abhorrence at the possibility of a faulty conviction tips the balance slightly in favour of

Proulx, Michel, and David Layton. *Ethics and Canadian Criminal Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

POURVOI contre des décisions de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, [2001] O.J. No. 3408 (QL), [2001] O.J. No. 3409 (QL). Pourvoi accueilli.

*Richard G. Litkowski*, pour l'appelant.

*John M. Rosen*, pour l'intimé Jason D. Brown.

*Christine Bartlett-Hughes*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

*Clayton C. Ruby*, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

*Anil K. Kapoor*, pour les intervenants Todd Ducharme et Peter Copeland.

*Leslie Pringle*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et LeBel rendu par

LE JUGE MAJOR —

## I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur l'application du test énoncé dans *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14. Il soulève de nouveau la question du conflit entre le privilège du secret professionnel de l'avocat et le droit à une défense pleine et entière que l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'accusé. Tous deux constituent des principes fondamentaux de notre système de justice. Dans *McClure*, la Cour reconnaît que le privilège du secret professionnel de l'avocat n'est pas absolu et que, dans de rares circonstances, il peut devoir céder le pas pour permettre à un accusé de présenter une défense pleine et entière contre une accusation criminelle.

Bien qu'il soit impossible d'accorder à l'un ou l'autre de ces principes un rang hiérarchique supérieur, comme j'espère l'expliquer dans les présents motifs, l'aversion des Canadiens pour les

innocence at stake over solicitor-client privilege. A similar decision on public policy has been made to protect the identity of informants.

However, it was also emphasized in *McClure*, at para. 5, that “the occasions when the solicitor-client privilege yields are rare and the test to be met is a stringent one”. While obvious, the Court reiterated that any erosion of the absolute nature of solicitor-client privilege would of necessity cause some damage to the solicitor-client relationship. *McClure* should be considered as determining that the appropriate test is one of innocence at stake, such that solicitor-client privilege “should be infringed only where core issues going to the guilt of the accused are involved and there is a genuine risk of wrongful conviction” (para. 47). It is intended to be a rare exception and used as a last resort.

The *McClure* test comprises a threshold question and a two-stage innocence at stake test, which proceed as follows:

- To satisfy the threshold test, the accused must establish that:
  - the information he seeks from the solicitor-client communication is not available from any other source; and
  - he is otherwise unable to raise a reasonable doubt.
- If the threshold has been satisfied, the judge should proceed to the innocence at stake test, which has two stages.
  - Stage #1: The accused seeking production of the solicitor-client communication has to demonstrate an evidentiary basis to conclude that a communication exists that could raise a reasonable doubt as to his guilt.

condamnations injustifiées fait légèrement pencher la balance en faveur de la démonstration de l’innocence de l’accusé, par rapport au privilège du secret professionnel. Une décision semblable visant à protéger l’identité des indicateurs a été prise pour des raisons d’intérêt public.

Cependant, *McClure* souligne également, au par. 5, que « les cas où le secret professionnel de l’avocat cède le pas sont rares et que le critère qui doit être respecté est rigoureux ». Bien que cela aille de soi, la Cour a réaffirmé que la moindre érosion du caractère absolu du privilège du secret professionnel de l’avocat ferait inévitablement du tort à la relation avocat-client. Il faut considérer *McClure* comme établissant que le critère à appliquer est celui de la démonstration de l’innocence de l’accusé, de telle sorte que le secret professionnel de l’avocat « devrait être levé seulement si des questions fondamentales touchant la culpabilité ou l’innocence de l’accusé sont en cause ou s’il y a un risque véritable qu’une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée » (par. 47). La levée de ce privilège est censée constituer une rare exception et n’être utilisée qu’en dernier recours.

Le test établi dans *McClure* comporte un critère préliminaire et un critère en deux étapes concernant la démonstration de l’innocence de l’accusé :

- Pour satisfaire au critère préliminaire, l’accusé doit établir :
  - que les renseignements qu’il recherche dans la communication avocat-client ne peuvent pas être obtenus ailleurs;
  - qu’il est incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable.
- Si l’accusé a satisfait au critère préliminaire, le juge doit passer au critère de la démonstration de l’innocence de l’accusé, qui comporte deux étapes :
  - Première étape : L’accusé qui sollicite la production d’une communication avocat-client doit présenter des éléments de preuve permettant de conclure à l’existence d’une communication qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

3

4

- Stage #2: If such an evidentiary basis exists, the trial judge should examine the communication to determine whether, in fact, it is likely to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused.
- It is important to distinguish that the burden in the second stage of the innocence at stake test (likely to raise a reasonable doubt) is stricter than that in the first stage (could raise a reasonable doubt).
- If the innocence at stake test is satisfied, the judge should order disclosure of the communications that are likely to raise a reasonable doubt, in accordance with the guiding principles discussed *infra*.
- Seconde étape : Si de tels éléments de preuve existent, le juge du procès doit examiner la communication afin de déterminer si elle suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.
- Il importe de souligner que le fardeau de la preuve est plus lourd à la seconde étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé (suscitera probablement un doute raisonnable) qu'à la première étape (pourrait susciter un doute raisonnable).
- S'il est satisfait au critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé, le juge doit ordonner la divulgation des communications qui susciteront probablement un doute raisonnable, conformément aux principes directeurs que nous verrons plus loin.

5

In the present appeal, I respectfully conclude that the motions judge's decision to grant the accused access to materials protected by a third party's solicitor-client privilege was premature. It was not clear at the time that the privileged information was not available from another source. Nor was it clear that the privileged information was necessary for the accused to raise a reasonable doubt. Moreover, as there were indications that the privilege may have been waived by voluntary disclosure, that issue should have been resolved before an infringement of a valid privilege was contemplated. In short, the accused's innocence was not at stake, and the *McClure* application should not have been granted. The appeal is allowed.

## II. Facts

6

At approximately 4:00 a.m. on July 21, 1998, Shaun Baksh was discovered lying on the east side of Barrington Avenue in Toronto. He had been stabbed in the chest and died a short time later at St. Michael's Hospital. The subsequent autopsy confirmed that he had received a single knife wound to the heart.

7

On August 12, 1998, Donna Robertson told two homicide detectives that her then boyfriend, the

Dans le présent pourvoi, je conclus, en toute déférence, que la décision du juge des requêtes de donner à l'accusé accès à des documents protégés par le secret professionnel de l'avocat d'un tiers était prématurée. Il n'était pas clair à l'époque que les renseignements protégés ne pouvaient pas être obtenus ailleurs. Il n'était pas clair non plus que l'accusé était incapable de susciter un doute raisonnable sans ces renseignements. De plus, comme il était permis de penser que l'intéressé a peut-être renoncé à son privilège en révélant volontairement les communications, cette question aurait dû être tranchée avant qu'on décide s'il y a eu violation d'un privilège valide. Bref, l'innocence de l'accusé n'était pas en jeu, et on n'aurait pas dû faire droit à la demande de type *McClure*. Le pourvoi est accueilli.

## II. Les faits

Le 21 juillet 1998, vers 4 h, Shaun Baksh est découvert gisant du côté est de l'avenue Barrington, à Toronto. Il a été poignardé à la poitrine et décède peu de temps après à l'hôpital St. Michael. L'autopsie confirme qu'il a reçu un seul coup de couteau au cœur.

Le 12 août 1998, Donna Robertson déclare à deux enquêteurs de l'escouade des homicides que



appellant, David Benson, had told her that he was the person who had killed Baksh. According to Robertson's account, Benson told her that he had gone out to the fire escape one night when he could not sleep. A man with an accent approached him and offered to sell him drugs. Benson declined, but he persisted and put his arm around Benson. Benson told the man to "back off" and, when he refused, Benson pulled a knife and stabbed him. The man then staggered away through the adjacent park and then west toward Barrington Avenue. Benson threw away the clothes that he was wearing, except for his shoes.

Robertson also told the police that Benson told her that he had confessed to his lawyers, Edward Greenspan, and later Todd Ducharme and Peter Copeland. She said that she had gone with Benson to meet Mr. Copeland, and that he had provided them with business cards on which he wrote words that purported to invoke the right to silence in the face of police questioning. Robertson produced her card to the police.

The police investigated Benson in relation to the homicide for a number of months. The investigation included a consent wiretap of Robertson's home telephone and the interception of her communications with Benson using a body pack. Armed with a search warrant, the police seized clothing, knives and footwear from Benson's residence. All items tested negative for the blood of the deceased. Benson has since denied killing Baksh. Benson was never charged with respect to the murder and the investigation against him was dropped.

The respondent Jason Brown was seen looking for Baksh on the morning that Baksh was killed. Brown was also looking for a mountain bike that he had allegedly fronted to Baksh as part of a drug deal. Witnesses stated that Brown had in his possession a napkin, on which Baksh's pager number was written in red ink. A videotape showed Brown entering his own apartment building, located one block from the crime scene, at 4:47 a.m. on

l'appellant, David Benson, son petit ami de l'époque, lui a dit que c'était lui qui avait tué Baksh. Selon le récit de Robertson, Benson est sorti dans l'escalier de secours un soir qu'il était incapable de dormir. Un homme qui parlait avec un accent s'est approché de lui et a offert de lui vendre de la drogue. Benson a refusé, mais l'homme a insisté et l'a pris à bras-le-corps. Benson a demandé à l'homme de le lâcher et lorsque celui-ci a refusé, il a brandi un couteau et l'a poignardé. L'homme s'est ensuite éloigné en titubant par le parc adjacent, puis s'est dirigé vers l'ouest, vers l'avenue Barrington. Benson s'est débarrassé de ses vêtements, mais a gardé ses souliers.

Robertson informe également la police que Benson lui a dit qu'il avait avoué son crime à ses avocats, Edward Greenspan, puis Todd Ducharme et Peter Copeland. Elle déclare qu'elle et Benson sont allés rencontrer M<sup>e</sup> Copeland, qui leur a remis des cartes de visite sur lesquelles il a écrit des instructions recommandant d'invoquer le droit de garder le silence face à l'interrogatoire de la police. Robertson remet sa carte à la police.

La police enquête sur Benson pendant plusieurs mois relativement à cet homicide. L'enquête comprend notamment une mise sur écoute consensuelle du téléphone résidentiel de Robertson et l'interception de ses communications avec Benson au moyen d'un micro-émetteur de poche. Munie d'un mandat de perquisition, la police saisit des vêtements, des couteaux et des chaussures à la résidence de Benson. Les analyses effectuées sur ces objets ne révèlent aucune trace du sang de la victime. Depuis, Benson nie avoir tué Baksh. Il n'a jamais été accusé de ce meurtre et l'enquête le concernant est abandonnée.

L'intimé Jason Brown est vu en train de chercher Baksh le jour du meurtre. Il est aussi à la recherche d'un vélo de montagne qu'il lui aurait donné dans le cadre d'une transaction en matière de drogue. Selon des témoins, Brown a une serviette de table dans les mains, sur laquelle le numéro de téléavertisseur de Baksh est écrit à l'encre rouge. Une bande-vidéo montre Brown entrant dans son immeuble d'habitation, situé à un pâté de maisons du lieu du crime, à

8

9

10

July 21, 1998, less than an hour after Baksh had been found stabbed.

11 On July 29, 1998, under warrant, the police seized from Brown's apartment, among other things, a napkin with the deceased's pager number on it. Brown entered his apartment during the search and provided a statement to the police in which he denied knowing the deceased, denied knowing anything about a mountain bike, and said that he had been home on the night of the homicide.

12 On July 31, 1998, with counsel present, Brown gave a second statement to the police. In this statement, he said that he had bought cocaine from the deceased three times on the night and early morning of the homicide. On the third such time, Brown said that he had no money and therefore fronted a stolen mountain bike for more cocaine. Brown wanted the bike back and said that he would bring money later for the cocaine. He denied killing Baksh.

13 Brown was charged with Baksh's murder on November 1, 1999. Prior to that date, the police claimed to lack reasonable and probable grounds to charge either Benson or Brown with the homicide. Brown's charge came shortly after a jailhouse informant, who had shared a cell with Brown at the Toronto jail in November 1998, reported that he had overheard a conversation between Brown and a third inmate, McDoom. According to the informant, Brown told McDoom that he had purchased drugs from Baksh, stabbed him, and taken a bag of crack cocaine.

14 Although the informant was called as a witness at the preliminary hearing, the prosecutor has not yet received the approval of the "In-Custody Informer Committee" within the office of the Attorney General to call the informant at trial. The Committee is waiting for the final determination of Brown's *McClure* application and a further determination of whether the Crown may review the material ordered disclosed to Brown in order to assess the reliability of the informant.

4 h 47 le 21 juillet 1998, soit moins d'une heure après la découverte du corps poignardé de Baksh.

Le 29 juillet 1998, en vertu d'un mandat, la police saisit, entre autres, à l'appartement de Brown une serviette de table sur laquelle est inscrit le numéro de téléavertisseur de la victime. Brown arrive chez lui pendant la saisie et fait à la police une déclaration dans laquelle il affirme ne pas connaître la victime, ne rien savoir à propos d'un vélo de montagne et ne pas avoir quitté la maison le soir de l'homicide.

Le 31 juillet 1998, en présence de son avocat, Brown fait une seconde déclaration à la police, dans laquelle il affirme avoir acheté de la cocaïne à la victime à trois reprises le soir et tôt le matin de l'homicide. Il déclare que, comme il n'avait pas d'argent la troisième fois, il avait troqué un vélo de montagne contre une quantité additionnelle de cocaïne. Il voulait récupérer le vélo et dit qu'il apporterait de l'argent plus tard pour payer la cocaïne. Il nie avoir tué Baksh.

Brown est accusé du meurtre de Baksh le 1<sup>er</sup> novembre 1999. Avant cette date, la police affirme ne pas disposer de motifs raisonnables et probables suffisants pour porter une accusation d'homicide contre Benson ou contre Brown. Brown est mis en accusation peu de temps après qu'un indicateur incarcéré, qui avait partagé la cellule de Brown à la prison de Toronto en novembre 1998, a signalé qu'il avait surpris une conversation entre Brown et un troisième détenu, McDoom. Selon cet indicateur, Brown a dit à McDoom qu'il avait acheté de la drogue à Baksh, qu'il l'avait poignardé et qu'il avait pris un sac de crack.

Bien que l'indicateur ait été assigné comme témoin à l'enquête préliminaire, le substitut du procureur général n'a pas encore obtenu l'autorisation du comité des dénonciateurs sous garde, au bureau du procureur général, de le faire comparaître au procès. Le comité attend la décision définitive de la Cour au sujet de la demande de type *McClure* présentée par Brown, de même qu'une autre décision sur la question de savoir si le ministère public peut examiner les documents dont la communication à Brown a été ordonnée pour l'évaluation de la fiabilité de l'indicateur.

### III. Relevant Statutory Provision

#### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

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

### IV. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice, Motions Judge's Ruling on the First Stage of the McClure Application*, [2001] O.J. No. 3408 (QL)

The respondent accused brought an application for an order compelling production of the files, documents and notes, if any, relating to communications between David Benson and his lawyers concerning Benson's involvement in the death of Shaun Baksh. The application was made in accordance with *McClure*, *supra*.

Dambrot J. issued two rulings. The first was to determine the threshold question and first stage of the innocence at stake test of the *McClure* application. The threshold question was set out at para. 48 of *McClure*:

Before the test is even considered, the accused must establish that the information he is seeking in the solicitor-client file is not available from any other source and he is otherwise unable to raise a reasonable doubt as to his guilt in any other way.

After reviewing the evidence, Dambrot J. inquired whether the information sought was available from another source, and noted that he found the test difficult to apply. In particular, he discussed two possible interpretations of the threshold question: "whether this requires the accused to show that he cannot find *evidence* of a fact other than in the file, or whether he or she must establish that the *information* in the file is not otherwise available" (para. 9 (emphasis in original)). He selected the first interpretation (at para. 9):

After all, while the circumstances when the privilege should give way are narrow, the rationale for setting

### III. Disposition législative pertinente

#### *Charte canadienne des droits et libertés*

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

### IV. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario : décision du juge des requêtes à la première étape du test de l'arrêt McClure*, [2001] O.J. No. 3408 (QL)

L'intimé présente une requête en production des dossiers, documents et notes, le cas échéant, relatifs aux communications entre David Benson et ses avocats concernant l'implication de Benson dans la mort de Shaun Baksh. Cette requête est du même type que celle présentée dans *McClure*, précité.

Le juge Dambrot rend deux décisions. La première se rapporte au critère préliminaire et à la première étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé énoncés dans *McClure*. Le critère préliminaire y est ainsi formulé au par. 48 :

Avant même que le critère soit examiné, l'accusé doit établir que les renseignements qu'il recherche dans le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat ne peuvent pas être obtenus ailleurs et qu'il est, du reste, incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

Après avoir examiné la preuve, le juge Dambrot s'informe pour savoir si les renseignements recherchés peuvent être obtenus ailleurs et il souligne qu'il trouve le critère difficile à appliquer. Plus particulièrement, il examine deux interprétations possibles du critère préliminaire : [TRADUCTION] « soit l'accusé doit démontrer qu'il ne peut pas trouver la *preuve* d'un fait ailleurs que dans le dossier, soit il doit établir que les *renseignements* qu'il recherche dans le dossier ne peuvent pas être obtenus ailleurs » (par. 9 (en italique dans l'original)). Il opte pour la première interprétation (au par. 9) :

[TRADUCTION] Après tout, bien que les circonstances dans lesquelles le privilège doit céder le pas soient

15

16

17

18

aside the privilege is clear: the privilege will yield where it stands in the way of an innocent person establishing his or her innocence. Viewed in that light, it becomes apparent that where the accused has information about a fact, but the solicitor's file will yield evidence of that fact, and the evidence is not otherwise available, then the prerequisite is met. [Emphasis added.]

19

He then reviewed the relevant facts and concluded that, "viewed as potentially substantively usable and reliable evidence" (para. 10), the privileged information sought by the accused was not available from any other source. First, Benson himself would not testify that he killed Baksh. Second, while the intercepted personal communications between Benson and Robertson contain an adoption of the fact that he confessed to her, they also contain a denial of the truth of the underlying confession. Finally, both the intercepted communications and Benson's confession to Robertson suffered from "evidentiary impediments" (para. 10) that would hinder their use as admissible evidence at trial. Benson and Robertson had been drinking heavily at the time of his confession to her, and their relationship was a stormy one that was apparently coming to an end. Thus, there would be some doubt as to the reliability of Robertson's evidence about Benson's confession to her.

20

In contrast, Benson's alleged confession to his legal advisors would likely be seen as more reliable. There would unlikely be any doubt as to the reliability of the solicitors' notes, or any suggestion that the confession was induced by alcohol. Further, while it is true that clients may lie to their legal advisors from time to time, it would be unusual for a client to make a false confession to a murder. Therefore, while Benson's alleged confession to his lawyers is just as much hearsay as his confession to Robertson, it has a better chance of being admitted into evidence due to its enhanced reliability. In conclusion, Dambrot J. found that Brown had satisfied the first element of the threshold test.

21

The motions judge then proceeded to the second requirement of the threshold test: whether the

limitées, la raison d'être de la levée du privilège est claire : le privilège cède le pas dans les cas où il empêche une personne innocente d'établir son innocence. Dans cette optique, il devient évident que, lorsque l'accusé détient un renseignement sur un fait, mais que la preuve de ce fait se trouve dans le dossier de l'avocat, et que la preuve ne peut pas être obtenue ailleurs, la condition préalable est alors respectée. [Je souligne.]

Il examine ensuite les faits pertinents et conclut que les renseignements protégés recherchés par l'accusé, [TRADUCTION] « considérés comme des éléments de preuve pouvant s'avérer substantiellement utilisables et fiables » (par. 10), ne peuvent pas être obtenus ailleurs. Premièrement, Benson lui-même ne témoignerait pas qu'il a tué Baksh. Deuxièmement, même si les communications privées interceptées entre Benson et Robertson révèlent une reconnaissance du fait que Benson a fait un aveu à Robertson, elles contiennent également une dénégation de cet aveu. Finalement, tant les communications interceptées que l'aveu que Benson a fait à Robertson comportent des [TRADUCTION] « difficultés de preuve » (par. 10) qui feraient obstacle à leur admissibilité au procès. Benson et Robertson ont beaucoup bu au moment de l'aveu, et leur relation, orageuse, tirait apparemment à sa fin. On aurait donc des doutes sur la fiabilité du témoignage de Robertson concernant l'aveu de Benson.

Par contre, l'aveu que Benson aurait fait à ses conseillers juridiques serait probablement considéré comme plus fiable. Il est peu probable que l'on mette en doute la fiabilité des notes des avocats ou que l'on prétende que l'aveu a été fait sous l'influence de l'alcool. De plus, même s'il est vrai que les clients mentent parfois à leurs conseillers juridiques, il serait inusité qu'un client fasse un faux aveu de meurtre. Par conséquent, même si l'aveu que Benson aurait fait à ses avocats constitue du oui-dire tout autant que celui qu'il a fait à Robertson, il a de meilleures chances d'être admis en preuve en raison de sa fiabilité supérieure. Le juge Dambrot conclut donc que Brown a satisfait au premier élément du critère préliminaire.

Le juge des requêtes analyse ensuite le second élément du critère préliminaire, soit déterminer

accused had established that he was unable to raise a reasonable doubt about his guilt in any other way. Dambrot J. commented that this question was difficult to answer prior to trial, as there was little basis on which to assess the accused's jeopardy. Nevertheless, he noted that, if the determination on this issue were delayed until after the Crown's case, it would have implications for the "orderly conduct of the trial" (para. 12). In the end, Dambrot J. concluded that the second part of the threshold test merely required the trial judge "to consider whether there is, in the particular circumstances of the case, a genuine danger of wrongful conviction" (para. 13). He found that there was such a danger in this case.

Next, Dambrot J. considered the first stage of the innocence at stake test, as outlined by this Court at para. 50 of *McClure*, *supra*:

At the first stage, the accused seeking production of a solicitor-client communication must provide some evidentiary basis upon which to conclude that there exists a communication that could raise a reasonable doubt as to his guilt.

Dambrot J. found that Brown had established a sufficient evidentiary basis upon which to conclude that the privileged communication exists. Robertson's statement to the police suggested that Benson had confessed to Mr. Greenspan and that he, in turn, had recommended Mr. Copeland and Mr. Ducharme to him. In addition, Robertson had produced the business card with instructions purporting to invoke the right to silence in the face of police questioning. Dambrot J. also found that Benson's confession, if it exists, was capable of raising a reasonable doubt as to Brown's guilt. Therefore, Brown had satisfied the first element of the innocence at stake test. Dambrot J. accordingly ordered that the relevant files be produced to the court for examination.

si l'accusé a établi qu'il était incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Le juge Dambrot fait remarquer qu'il est difficile de répondre à cette question avant le procès, alors qu'il n'est guère possible d'évaluer le péril auquel est exposé l'accusé. Il souligne, toutefois, que le fait de reporter la détermination de cette question à une date postérieure à la présentation de la preuve du ministère public aurait des répercussions sur la [TRADUCTION] « conduite ordonnée du procès » (par. 12). En fin de compte, il conclut que le second élément du critère préliminaire exige simplement que le juge du procès [TRADUCTION] « détermin[e] s'il existe, dans les circonstances particulières de l'affaire, un risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée » (par. 13). Il conclut qu'un tel risque existe en l'espèce.

Le juge Dambrot passe ensuite à la première étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé, comme l'expose la Cour dans *McClure*, précité, par. 50 :

À la première étape, l'accusé qui sollicite la production d'une communication avocat-client doit présenter des éléments de preuve qui permettent de conclure à l'existence d'une communication qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

Le juge Dambrot conclut que Brown a présenté suffisamment d'éléments de preuve pour permettre de conclure à l'existence de la communication protégée. La déclaration de Robertson à la police donne à penser que Benson a fait un aveu à M<sup>e</sup> Greenspan et que ce dernier, pour sa part, lui a recommandé M<sup>es</sup> Copeland et Ducharme. En outre, Robertson a produit la carte de visite sur laquelle sont écrites des instructions recommandant d'invoquer le droit de garder le silence face à l'interrogatoire de la police. Le juge Dambrot conclut aussi que l'aveu de Benson, s'il existe, peut susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de Brown. Brown a donc franchi la première étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé. Le juge Dambrot ordonne dès lors que les dossiers pertinents soient remis à la cour pour examen.

B. *Ontario Superior Court of Justice, Motions Judge's Ruling on the Second Stage of the McClure Application*, [2001] O.J. No. 3409 (QL)

23

After reviewing the files, Dambrot J. issued a second ruling which dealt with the second stage of the test in *McClure*, at para. 57:

... the trial judge must examine that record to determine whether, in fact, there exists a communication that is likely to raise a reasonable doubt as to the accused's guilt. The trial judge must ask herself the following question: "Is there something in the solicitor-client communication that is likely to raise a reasonable doubt about the accused's guilt?" [Emphasis in original.]

After some discussion of whether this stage of the test required him to hear the testimony of counsel who made the notations in the files, Dambrot J. concluded that he could make the determination without amplifying the record.

24

The motions judge found that the evidence in the files was likely to raise a reasonable doubt as to Brown's guilt. In response to Benson's counsel's argument that the evidence "put the accused no further ahead" than did the information already available to him, Dambrot J. stressed "the significance of the source of the information, coming as it does from solicitors' files, and the potential cumulative effect of evidence coming from multiple sources" (para. 8). In the end, Dambrot J. ordered production of one document and portions of other documents.

## V. Issues

25

1. Is *McClure* applicable?
2. Did Dambrot J. properly apply the threshold and innocence at stake tests in this case?
3. In hearing a *McClure* application, does the trial judge have discretion to permit amplification of the record?

B. *Cour supérieure de justice de l'Ontario : décision du juge des requêtes à la seconde étape du test de l'arrêt McClure*, [2001] O.J. No. 3409 (QL)

Après avoir examiné les dossiers, le juge Dambrot rend une seconde décision qui se rapporte à la seconde étape du test de l'arrêt *McClure*, par. 57 :

... le juge du procès doit examiner le dossier en question pour déterminer s'il existe effectivement une communication qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Le juge du procès doit se poser la question suivante : « Y a-t-il, dans la communication avocat-client, quelque chose qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé? » [Souligné dans l'original.]

Après une brève analyse de la question de savoir si cette étape du test exige qu'il entende le témoignage de l'avocat qui a inscrit les notes dans les dossiers, le juge Dambrot conclut qu'il peut faire la détermination sans qu'il soit nécessaire d'amplifier le dossier.

Le juge des requêtes estime que les éléments de preuve contenus dans les dossiers susciteront probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de Brown. En réponse à l'argument de l'avocat de Benson selon lequel ces éléments de preuve [TRADUCTION] « n'apporteraient rien de plus à l'accusé » que les renseignements dont il dispose déjà, le juge Dambrot souligne [TRADUCTION] « l'importance que revêt la source des renseignements, surtout lorsqu'ils proviennent des dossiers des avocats, comme en l'espèce, et [ . . . ] l'effet cumulatif possible des éléments de preuve provenant de sources multiples » (par. 8). En fin de compte, le juge Dambrot ordonne la production d'un document en entier et de parties d'autres documents.

## V. Les questions en litige

1. L'arrêt *McClure* s'applique-t-il en l'espèce?
2. Le juge Dambrot a-t-il appliqué correctement le critère préliminaire et le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé en l'espèce?
3. Dans le cadre de l'audition d'une demande de type *McClure*, le juge du procès a-t-il le pouvoir discrétionnaire de permettre l'amplification du dossier?

4. What is the proper scope of a disclosure order made pursuant to a *McClure* application?

5. If privileged communications are disclosed, what degree of immunity should be provided to the privilege holder?

#### VI. Analysis

##### A. *Is McClure Applicable?*

The issue of waiver was raised at the hearing. Particularly, when Benson told Robertson what was said between him and his lawyers, did Benson waive the solicitor-client privilege as to those communications? Counsel for Brown indicated that he intended to raise this issue in the event that he was unsuccessful on the *McClure* application. This, like many of the issues relating to the threshold test discussed *infra*, goes to the issue of timing.

As stated in *McClure* and repeated here, this Court views the invasion of the solicitor-client privilege to be serious, with the potential to restrict solicitor-client communications and thereby to undermine the public perception of the protection of the client in the legal system. Piercing solicitor-client privilege should be treated as an extraordinary measure, performed only in accordance with *McClure*, i.e., as a last resort when innocence is at stake.

The tests set out in *McClure* related to the invasion of solicitor-client privilege. Of primary importance in determining whether to consider a *McClure* application is whether the information that is sought is in fact protected by solicitor-client privilege. When there is the suggestion that a client may have waived his or her privilege, that issue should be dealt with first. If there is no privilege that bars access to the information, there is no need to proceed further with a *McClure* application. Here, that issue remains to be decided.

4. Quelle portée convient-il de donner à une ordonnance de divulgation rendue dans le cadre d'une demande de type *McClure*?

5. En cas de divulgation des communications protégées, quel degré d'immunité convient-il d'accorder au détenteur du privilège?

#### VI. Analyse

##### A. *L'arrêt McClure s'applique-t-il en l'espèce?*

La question de la renonciation a été soulevée à l'audience. Plus particulièrement, il s'agit de savoir si Benson, en répétant à Robertson ce qui s'était dit entre lui et ses avocats, a renoncé au privilège du secret professionnel de l'avocat à l'égard de ces communications. L'avocat de Brown a indiqué qu'il entendait soulever cette question dans l'hypothèse où la demande de type *McClure* de son client serait rejetée. Cette question, comme beaucoup de questions se rapportant au critère préliminaire que nous verrons plus loin, renvoie à celle du moment de la demande.

Comme elle l'a exprimé dans *McClure* et réitéré dans le présent pourvoi, la Cour considère comme grave la levée du secret professionnel de l'avocat puisqu'elle risque de restreindre les communications avocat-client et d'ébranler ainsi la confiance du public dans la protection du client au sein du système judiciaire. L'ouverture d'une brèche dans le secret professionnel de l'avocat devrait être considérée comme une mesure extraordinaire, qui ne peut être ordonnée qu'en conformité avec le test de l'arrêt *McClure*, c.-à-d., en dernier recours, lorsque l'innocence de l'accusé est en jeu.

Les critères énoncés dans *McClure* ont trait à la levée du secret professionnel de l'avocat. Pour déterminer s'il convient de faire droit à une demande de type *McClure*, il est primordial de se demander si les renseignements recherchés sont effectivement protégés par le secret professionnel de l'avocat. Lorsqu'il est permis de penser que le client a peut-être renoncé à son privilège, la cour doit d'abord trancher cette question. Si aucun privilège ne fait obstacle à l'accès à l'information, il n'y a pas lieu de pousser plus loin l'analyse d'une demande de type *McClure*. Cette question reste à trancher en l'espèce.

26

27

28

### B. *The Test in McClure*

29

As indicated, the *McClure* test for infringing solicitor-client privilege is stringent, and will only be satisfied in rare circumstances. The test is found at paras. 47-51 of *McClure*:

In recognition of the central place of solicitor-client privilege within the administration of justice, the innocence at stake test should be stringent. The privilege should be infringed only where core issues going to the guilt of the accused are involved and there is a genuine risk of a wrongful conviction.

Before the test is even considered, the accused must establish that the information he is seeking in the solicitor-client file is not available from any other source and he is otherwise unable to raise a reasonable doubt as to his guilt in any other way.

The innocence at stake test is applied in two stages in order to reflect the dual nature of the judge's inquiry. At the first stage, the accused seeking production of a solicitor-client communication must provide some evidentiary basis upon which to conclude that there exists a communication that could raise a reasonable doubt as to his guilt. At this stage, the judge has to decide whether she will review the evidence.

If the trial judge is satisfied that such an evidentiary basis exists, then she should proceed to stage two. At that stage, the trial judge must examine the solicitor-client file to determine whether, in fact, there is a communication that is likely to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused. It is evident that the test in the first stage (could raise a reasonable doubt) is different than that of the second stage (likely to raise a reasonable doubt). If the second stage of the test is met, then the trial judge should order the production but only of that portion of the solicitor-client file that is necessary to raise the defence claimed.

### B. *Le test de l'arrêt McClure*

Comme je l'ai indiqué, le test qui permet d'écarter le secret professionnel de l'avocat est rigoureux, et il n'y est satisfait que dans de rares circonstances. L'énoncé du test se trouve aux par. 47-51 de *McClure* :

Eu égard à la place centrale que le secret professionnel de l'avocat occupe dans l'administration de la justice, le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé doit être appliqué rigoureusement. Le privilège devrait être levé seulement si des questions fondamentales touchant la culpabilité ou l'innocence de l'accusé sont en cause ou s'il y a un risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée.

Avant même que le critère soit examiné, l'accusé doit établir que les renseignements qu'il recherche dans le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat ne peuvent pas être obtenus ailleurs et qu'il est, du reste, incapable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

L'application du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé se fait en deux étapes afin de refléter la double nature de l'examen effectué par le juge. À la première étape, l'accusé qui sollicite la production d'une communication avocat-client doit présenter des éléments de preuve qui permettent de conclure à l'existence d'une communication qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. À cette étape, le juge doit décider s'il examinera ces éléments de preuve.

Si le juge du procès est convaincu que de tels éléments de preuve existent, il doit ensuite passer à la deuxième étape, qui consiste à examiner le dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat afin de déterminer s'il existe effectivement une communication qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Il est évident que le critère applicable à la première étape (pourrait susciter un doute raisonnable) est différent de celui qui s'applique à la deuxième étape (suscitera probablement un doute raisonnable). Si le critère applicable à la deuxième étape est respecté, le juge du procès ne doit alors ordonner que la production de la partie du dossier protégé par le secret professionnel de l'avocat qui est nécessaire pour soulever le moyen de défense allégué.



C. *Application to the Case at Bar*(1) The Threshold Test(a) *Is the Information Available from Any Other Source?*

In order to properly apply the threshold test, it is first necessary to determine what is meant by the term “information” in this context. Dambrot J. concluded that the “information” must have some evidentiary value to be considered “available” under this part of the test. Conversely, the appellant suggests that “information” should be given an interpretation consistent with its ordinary meaning, that is, some knowledge of a fact.

In order to have any logical and practical force, “information” in the context of a *McClure* application must be assessed in light of other information that may not be admissible at trial. Otherwise, it would be virtually impossible to succeed on any *McClure* application. For an accused to believe that a document protected by solicitor-client privilege contains information pertaining to his innocence, he must necessarily have some basis to suspect that such privileged information exists. An accused cannot magically divine that a third party’s solicitor-client communications contain information that will prove his innocence. In almost every case, the accused’s belief will be based on some other fact that has come to his attention. Further, as noted by M. Proulx and D. Layton in *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), a lawyer cannot disclose privileged communications unless ordered to do so by a court, even though “[o]ften the lawyer will alone be aware of the exculpatory information, meaning that no other interested party has any reason or basis to invoke the court process in order to defeat the privilege” (p. 183).

In the present case, Brown became aware of Benson’s alleged confession as a result of

C. *L’application du test à l’espèce*(1) Le critère préliminairea) *Les renseignements peuvent-ils être obtenus ailleurs?*

Afin d’appliquer correctement le critère préliminaire, il faut d’abord déterminer ce que signifie le terme « renseignements » dans ce contexte. Le juge Dambrot a conclu que les « renseignements » doivent avoir une certaine valeur probante pour être considérés comme « pouvant être obtenus » aux termes de cette partie du test. Par contre, l’appelant prétend que le terme « renseignements » devrait être interprété conformément à son sens ordinaire, c’est-à-dire comme étant la connaissance qu’on peut avoir d’un fait.

Pour avoir une certaine valeur logique et pratique, les « renseignements », dans le contexte d’une demande de type *McClure*, doivent être évalués en fonction d’autres renseignements pouvant ne pas être admis en preuve. Autrement, il serait presque impossible d’avoir gain de cause dans une telle demande. Pour qu’un accusé puisse prétendre qu’un document protégé par le secret professionnel de l’avocat contient des renseignements qui lui permettraient de démontrer son innocence, il doit nécessairement avoir des raisons de conclure à l’existence de ces renseignements protégés. Un accusé ne peut deviner comme par magie que des communications avocat-client qui sont entre les mains d’un tiers contiennent des renseignements démontrant son innocence. Dans presque tous les cas, la prétention de l’accusé repose sur certains autres faits qui ont été portés à sa connaissance. En outre, comme l’ont fait remarquer M. Proulx et D. Layton dans *Ethics and Canadian Criminal Law* (2001), un avocat ne peut divulguer des communications protégées à moins d’y être ordonné par un tribunal, même si [TRADUCTION] « bien souvent, l’avocat est le seul à connaître les renseignements disculpatoires, ce qui signifie qu’aucune autre partie intéressée n’a de raison ou de motif de se servir du processus judiciaire pour éteindre le privilège » (p. 183).

En l’espèce, Brown a été informé de l’aveu allégué de Benson à la suite de la déclaration de

30

31

32

Robertson's statement to the police. Thus, strictly speaking, the "information" sought by Brown is available from another source, Robertson's statement. Benson submitted that, because Robertson's statement is known by Brown, the information is available even if it is not admissible at trial. This proposition cannot stand. Of necessity, any *McClure* application will be based on some "information" that a potentially exculpatory third party solicitor-client communication exists. It would be illogical to deny the accused access to the solicitor-client communication solely because he has access to "information" about its existence. The question at this point becomes whether there is alternative information as to the contents of the communication.

33 Moreover, to jump ahead to the innocence at stake test, it is noteworthy that the first stage requires an accused to provide some evidentiary basis for believing that a privileged communication exists that could exculpate him. This evidentiary basis will invariably consist of information concerning the alleged communication that has come to the attention of the accused.

34 *McClure* allows for the invasion of solicitor-client privilege when necessary to permit an accused to raise a reasonable doubt about his guilt. Necessity is to be considered in the context of a legal proceeding, and can be demonstrated when the information sought in the solicitor-client communication is not otherwise admissible at trial.

35 It is clear that "information" in the context of the threshold question in a *McClure* application must mean more than simple knowledge of a fact. A *McClure* application should only succeed on the threshold question if the accused does not have access to other information that will be admissible at trial.

36 Returning to the present appeal, the Court must determine whether the information sought in this

Robertson à la police. Ainsi, à proprement parler, les « renseignements » recherchés par Brown peuvent être obtenus ailleurs, soit dans la déclaration de Robertson. Benson a soutenu que, la déclaration de Robertson étant connue de Brown, les renseignements peuvent être obtenus même s'ils ne sont pas admissibles au procès. Cet argument ne tient pas. Toute demande de type *McClure* est nécessairement fondée sur des « renseignements » indiquant qu'une communication avocat-client potentiellement disculpatoire existe entre les mains d'un tiers. Il ne serait pas logique de refuser à l'accusé l'accès à cette communication du simple fait qu'il a accès à des renseignements indiquant son existence. À ce stade, il s'agit de déterminer s'il existe d'autres renseignements se rapportant au contenu des communications.

D'ailleurs, si l'on saute au critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé, il convient de noter qu'à la première étape, l'accusé doit présenter des éléments de preuve permettant de conclure à l'existence d'une communication protégée qui pourrait le disculper. Ces éléments de preuve consisteront invariablement en des renseignements concernant la communication alléguée qui ont été portés à la connaissance de l'accusé.

L'arrêt *McClure* admet la levée du secret professionnel de l'avocat lorsqu'elle est nécessaire pour permettre à l'accusé de susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Cette nécessité doit être considérée dans le contexte d'une instance judiciaire et peut être démontrée lorsque les renseignements recherchés dans la communication avocat-client ne peuvent être autrement admis en preuve au procès.

Il est clair que le terme « renseignements » utilisé dans le cadre du critère préliminaire applicable à une demande de type *McClure* signifie davantage que la simple connaissance d'un fait. Une demande de type *McClure* ne devrait franchir l'étape du critère préliminaire que si l'accusé n'a pas accès à d'autres renseignements qui seront admissibles au procès.

Pour revenir au présent pourvoi, la Cour doit déterminer si le renseignement recherché en

case — Benson’s alleged confession — is available from any other source. More specifically, did Brown have access to admissible evidence of Benson’s confession from any other source?

The record establishes that Brown had another source of information regarding Benson’s confession in the form of Donna Robertson’s testimony. However, Dambrot J. expressed serious concerns about the admissibility of such testimony and about whether, if admissible, it would be believed at trial. In particular, both Benson and Robertson had been drinking at the time of the alleged confession, and their stormy relationship was apparently coming to an end. Moreover, Benson subsequently denied confessing to Robertson. These factors led Dambrot J. to believe that Robertson’s testimony might not be admitted under an exception to the hearsay rule and that, even if admitted, there might be significant challenges to the credibility of her testimony.

In contrast, the motions judge believed that Benson’s alleged confession to his solicitors rested on better evidentiary footing. While Dambrot J. acknowledged that it was “legally in no different position than his confession to Robertson” ([2001] O.J. No. 3408 (QL), at para. 10) in that it too was hearsay, he reasoned that it had a better chance of being admitted and believed due to its enhanced reliability. Benson’s confession to his solicitors was not likely to be clouded to the same extent as his confession to Robertson, and the solicitors would have no personal reasons to implicate him in a murder. Moreover, Dambrot J. reasonably thought that it would be unusual for a person to lie to his own solicitors by making a false murder confession.

In the end, having interpreted “information” as meaning “potentially substantively usable and reliable evidence” (para. 10), Dambrot J. concluded that the privileged information was not otherwise available.

However, with respect, Dambrot J. reached this conclusion prematurely. While there are undoubtedly some obstacles to the admission of Donna Robertson’s evidence, it is not clear that it will be

l’espèce — l’aveu allégué de Benson — peut être obtenu ailleurs. Plus particulièrement, il s’agit de savoir si Brown avait accès autrement à une preuve admissible de l’aveu de Benson.

Il ressort du dossier que Brown disposait d’une autre source de renseignements concernant l’aveu de Benson : le témoignage de Donna Robertson. Cependant, le juge Dambrot a exprimé de sérieuses réserves quant à l’admissibilité en preuve de ce témoignage et quant à savoir s’il serait cru au procès, notamment parce que Benson et Robertson avaient tous les deux bu au moment de l’aveu allégué et que leur relation orageuse tirait apparemment à sa fin. De plus, Benson a par la suite nié avoir fait un aveu à Robertson. Ces facteurs ont amené le juge Dambrot à conclure que le témoignage de Robertson pourrait ne pas être admis en tant qu’exception à la règle de l’exclusion du oui-dire et que, même s’il était admis, sa crédibilité risquait d’être fortement contestée.

Par contre, le juge des requêtes a estimé que l’aveu allégué de Benson à ses avocats reposait sur de meilleures assises sur le plan de la preuve. Après avoir reconnu qu’il se trouvait [TRADUCTION] « juridiquement sur le même plan que l’aveu à Robertson » ([2001] O.J. No. 3408 (QL), par. 10) en ce sens qu’il constituait aussi du oui-dire, le juge Dambrot a estimé que cet aveu avait plus de chances d’être admis en preuve et d’être cru en raison de sa fiabilité supérieure. L’aveu de Benson à ses avocats n’était pas aussi contestable que son aveu à Robertson, et les avocats n’auraient aucun motif personnel de l’impliquer dans un meurtre. En outre, le juge Dambrot a raisonnablement cru qu’il serait surprenant qu’une personne mente à ses avocats en faisant un faux aveu de meurtre.

Finalement, après avoir interprété le terme « renseignements » comme désignant des [TRADUCTION] « éléments de preuve pouvant s’avérer substantiellement utilisables et fiables » (par. 10), le juge Dambrot a conclu que les renseignements protégés ne pouvaient pas être obtenus ailleurs.

En toute déférence, je suis cependant d’avis que le juge Dambrot a tiré cette conclusion prématurément. Bien qu’il ne fasse aucun doute que certains obstacles à l’admission du témoignage de Donna

37

38

39

40

inadmissible. First, there is a significant degree of necessity to her testimony, in that, absent a successful *McClure* application, it is the only evidence of Benson's confession, which may exculpate the accused. Second, it may be considered sufficiently reliable to be admitted under an exception to the hearsay rule.

41

Finally, there is some potential that the confession to Robertson may be admissible as a declaration against penal interest. Although this exception to the hearsay rule has historically been reserved for cases where the declarant is deceased or otherwise unavailable, there is a suggestion in the Ontario Court of Appeal case of *R. v. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321, that this requirement may be relaxed in some circumstances. In that case, Martin J.A. discussed the United States Supreme Court decision of *Chambers v. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973), where the court found that confessions made by a third party were admissible, notwithstanding that the third party declarant was available and, in fact, did testify at the accused's trial. Powell J. noted, at pp. 300-301, that the statements were made "under circumstances that provided considerable assurance of their reliability", and that, "whatever may be the parameters of the penal-interest rationale, each confession here was in a very real sense self-incriminatory and unquestionably against interest".

42

While Martin J.A. found that such circumstances did not exist in *Williams*, he did not disagree with the proposition that the rules of evidence might be relaxed in certain circumstances where necessary to provide a fair trial. Later in the judgment, on a separate issue, Martin J.A. commented that "a court has a residual discretion to relax in favour of the accused a strict rule of evidence where it is necessary to prevent a miscarriage of justice and where the danger against which an exclusionary rule aims to safeguard does not exist" (p. 343 (emphasis added)). This suggests that, where there are some assurances of reliability and where necessary to avoid wrongful conviction, some rules of evidence

Robertson existent, il n'est pas certain qu'il ne sera pas admis en preuve. Premièrement, ce témoignage comporte un degré important de nécessité puisque, en cas d'échec de la demande de type *McClure*, il constituera la seule preuve pouvant disculper l'accusé. Deuxièmement, il pourrait être jugé suffisamment fiable pour être admis comme exception à la règle de l'exclusion du oui-dire.

Enfin, il est possible que l'aveu à Robertson soit admissible à titre de déclaration contre l'intérêt pénal. Même si, par le passé, cette exception à la règle de l'exclusion du oui-dire a été réservée aux cas où le déclarant ne peut pas témoigner parce qu'il est décédé ou pour une autre raison, la Cour d'appel de l'Ontario a indiqué, dans *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321, que cette exigence pouvait être assouplie dans certaines circonstances. Dans cette affaire, le juge Martin a analysé la décision rendue par la Cour suprême des États-Unis dans *Chambers c. Mississippi*, 410 U.S. 284 (1973), où la cour a conclu que les aveux d'un tiers étaient admissibles, malgré le fait que le tiers déclarant pouvait témoigner et qu'il avait, effectivement, témoigné au procès de l'accusé. Le juge Powell a noté, aux p. 300-301, que les déclarations avaient été faites [TRADUCTION] « dans des circonstances fournissant une garantie considérable de leur fiabilité » et que, [TRADUCTION] « peu importe la raison d'être de l'exception relative aux déclarations contre l'intérêt pénal, chaque aveu en l'espèce était, d'une manière très concrète, incriminant et incontestablement contre intérêt ».

Bien que le juge Martin ait estimé que de telles circonstances n'existaient pas dans l'affaire *Williams*, il ne s'est pas opposé à l'idée que les règles de preuve puissent être assouplies dans certaines circonstances où cela est nécessaire pour assurer un procès équitable. Plus loin dans le jugement, en traitant d'une autre question, il a ajouté qu'[TRADUCTION] « un tribunal a le pouvoir discrétionnaire résiduel d'assouplir en faveur de l'accusé une règle de preuve stricte lorsque cela est nécessaire pour éviter une erreur judiciaire et lorsque le danger que la règle d'exclusion est destinée à prévenir n'existe pas » (p. 343 (je souligne)). Ce commentaire semble indiquer que, lorsqu'il existe

may be applied with something less than their usual degree of rigour.

In any event, these observations are not intended to comment on the validity of any of the above arguments regarding the admissibility of Donna Robertson's evidence. They are only raised to indicate that the inadmissibility of Robertson's testimony should not be considered a foregone conclusion.

Indeed, if a trial judge allows a *McClure* application on the basis that another source of the requested information is potentially inadmissible at trial, she runs the risk of her conclusion being subsequently undermined if the alternative source is ultimately found to be admissible. The accused will then have gained access to solicitor-client privileged information in a situation where that information was, in fact, available from another source, and will have succeeded in unnecessarily destroying a solicitor-client privilege. Such a result directly conflicts with the stringent nature of the innocence at stake test, which seeks to maximize the protection for the privilege.

In this case, Dambrot J. ought to have held a *voir dire* to determine the admissibility of Donna Robertson's hearsay testimony before concluding that the requested information was not available from another source. If it is found to be admissible, then the *McClure* application should fail on the threshold question because the requested information is available from another source as admissible evidence. As will be discussed *infra*, the relative quality of the solicitor's evidence does not make it "different" information from that already available from Donna Robertson. If Robertson's evidence is admissible, the solicitor-client communications will provide no additional "information" regardless of their enhanced reliability. Furthermore, prior to ruling on the *McClure* application, the motions judge should have decided whether Benson waived his solicitor-client privilege by telling Robertson about his solicitor-client communications. Only if

une certaine garantie de fiabilité et que cela s'avère nécessaire pour éviter une déclaration de culpabilité injustifiée, certaines règles de preuve peuvent être appliquées de façon un peu moins rigoureuse que d'habitude.

Quoiqu'il en soit, ces observations n'ont pas pour but de commenter la validité des arguments susmentionnés concernant l'admissibilité du témoignage de Donna Robertson. Elles ne sont soulevées que pour montrer que l'inadmissibilité de son témoignage ne devrait pas être considérée comme un fait acquis.

D'ailleurs, le juge du procès qui accueille une demande de type *McClure* au motif que l'autre source des renseignements recherchés est potentiellement inadmissible au procès court le risque que sa décision soit ultérieurement attaquée si l'autre source est finalement jugée admissible. L'accusé aura alors eu accès à des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat alors qu'ils pouvaient, en fait, être obtenus ailleurs et aura réussi à faire lever inutilement ce privilège. Un tel résultat entre directement en conflit avec le caractère rigoureux du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé, qui vise à protéger au maximum ce privilège.

En l'espèce, le juge Dambrot aurait dû tenir un *voir-dire* pour déterminer l'admissibilité du témoignage de *ouï-dire* de Donna Robertson avant de conclure que les renseignements demandés ne pouvaient pas être obtenus ailleurs. Si le témoignage est jugé admissible, la demande de type *McClure* devrait alors être rejetée à l'étape du critère préliminaire parce que les renseignements demandés peuvent être obtenus ailleurs et qu'ils sont admissibles en preuve. Comme nous le verrons plus loin, la qualité relative des renseignements détenus par l'avocat ne fait pas en sorte que ces renseignements sont « différents » de ceux qui peuvent être obtenus de Donna Robertson. Si le témoignage de Robertson est admissible, les communications avocat-client ne fourniront aucun « renseignement » additionnel, peu importe que leur fiabilité soit supérieure. Par ailleurs, avant de statuer sur la demande de type *McClure*, le juge des requêtes aurait dû déterminer

43

44

45

Dambrot J. had concluded that there was no waiver and that Robertson's testimony was inadmissible should he have proceeded to the other elements of the *McClure* test.

(b) *Can the Accused Raise a Reasonable Doubt as to his Guilt in Any Other Way?*

46

This second element of the threshold test raises significant procedural issues, particularly regarding the proper timing of a *McClure* application. These issues obviously troubled the motions judge (at paras. 12-13):

It is of course indisputable that if the accused can raise a reasonable doubt without access to the solicitor-client file, then his or her innocence would not be at stake, and access to the file would be unnecessary. But how is a trial judge to assess whether or not the accused can raise a reasonable doubt in the minds of the jurors, without usurping the jury's function? Perhaps the matter should be left until the Crown's case is complete, so that the judge would be better able to assess the extent of the accuser's [*sic*] jeopardy. But the implications for the orderly conduct of the trial, and the avoidance of undue delay and disruption for the jurors should such a course be followed need hardly be mentioned. Moreover, even at the end of the Crown's case, the judge is not in a position to meaningfully predict the outcome of the trial.

In the end, I conclude that what Major J. was imposing on trial judges was simply an obligation to consider whether there is, in the particular circumstances of the case, a genuine danger of wrongful conviction. On the basis of the evidence before me, I can only conclude that in this case, there is.

47

With respect, Dambrot J. erred in reaching his conclusion on this issue. The test established in *McClure* was intended to carefully screen requests for access to solicitor-client communications and to allow such access only when the accused has shown that he has no other defence and that the requested communications would make a positive difference in the strength of the defence case. As

si Benson avait renoncé à son privilège en révélant ses communications avocat-client à Robertson. Le juge Dambrot ne pouvait passer aux autres étapes du test de l'arrêt *McClure* qu'après avoir conclu qu'une telle renonciation n'existait pas et que le témoignage de Robertson était inadmissible en preuve.

b) *L'accusé est-il capable de susciter de quelque autre façon un doute raisonnable quant à sa culpabilité?*

Ce second élément du critère préliminaire soulève d'importantes questions de procédure, particulièrement en ce qui concerne le moment opportun d'une demande de type *McClure*. Ces questions ont visiblement troublé le juge des requêtes (aux par. 12-13) :

[TRADUCTION] Il est naturellement indéniable que si l'accusé est capable de susciter un doute raisonnable sans avoir accès au dossier avocat-client, son innocence n'est alors pas en jeu, et l'accès à ce dossier n'est pas nécessaire. Mais comment le juge du procès peut-il déterminer si l'accusé est capable ou non de susciter un doute raisonnable dans l'esprit des jurés sans empiéter sur les fonctions du jury? La question devrait peut-être rester en suspens jusqu'à ce que le ministère public ait présenté sa preuve, de sorte que le juge soit plus à même d'évaluer le péril auquel est exposé l'accusé. Mais il va sans dire que procéder ainsi aurait des répercussions sur la conduite ordonnée du procès et sur les efforts déployés pour éviter les retards déraisonnables et la perturbation des jurés. D'ailleurs, même après avoir entendu la preuve du ministère public, le juge n'est pas vraiment en mesure de prédire l'issue du procès.

J'arrive donc à la conclusion que le juge Major n'a imposé au juge du procès qu'une simple obligation de déterminer s'il existe, dans les circonstances particulières de l'affaire, un risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée. Compte tenu des éléments de preuve qui m'ont été présentés, je ne peux que conclure à l'existence d'un tel risque en l'espèce.

Avec égards, j'estime que le juge Dambrot a tiré une conclusion erronée sur ce point. Le test de l'arrêt *McClure* avait pour but de passer au crible les demandes d'accès à des communications avocat-client et de n'accorder un tel accès que dans les cas où l'accusé a établi qu'il ne dispose d'aucun autre moyen de défense et que les communications demandées auraient une incidence positive sur la

acknowledged in *McClure*, the solicitor-client privilege is fundamental to Canada's justice system and will yield only in rare circumstances.

In every trial based on circumstantial evidence alone, there exists a "genuine danger of wrongful conviction". Based on Dambrot J.'s interpretation, the Crown's reliance on circumstantial evidence would thereby trigger the opportunity for the accused to infringe a third party's solicitor-client privilege. Obviously, this runs counter to the nature of the threshold test. The test stipulates that privilege should only be violated where the accused cannot raise a reasonable doubt in any other way. However, in a case based entirely on circumstantial evidence, it is more likely that the defence will be able to raise a reasonable doubt, and the risk of conviction will typically be less than in cases where there is direct evidence linking the accused to the crime. It would be illogical to weaken the threshold test in cases where the likelihood of conviction is weakest.

With respect, Dambrot J. erred in his application of the threshold test to the facts of this case. Although it is too early to decide the issue, I note that it may be possible for Brown to raise a reasonable doubt as to his guilt by other means. As indicated, absent the testimony of the jailhouse informant, the case against him is based primarily on circumstantial evidence. The evidence suggesting that Brown may have murdered Baksh is: (a) his statement that he had bought drugs from Baksh three times that evening and wanted to reclaim a mountain bike from him; (b) witness accounts that Brown had Baksh's pager number written on a napkin; (c) the napkin itself; and (d) a videotape of Brown entering his own apartment shortly after the murder. No witness saw Brown kill or even threaten Baksh, and neither Brown nor any of his possessions was found to have Baksh's blood on them. With only this evidence, it is speculative

solidité de la preuve de la défense. Comme il a été reconnu dans *McClure*, le secret professionnel de l'avocat est un principe fondamental du système de justice canadien qui ne cède le pas que dans de rares circonstances.

Dans tout procès fondé uniquement sur une preuve circonstancielle, il existe un [TRADUCTION] « risque véritable qu'une déclaration de culpabilité injustifiée soit prononcée ». Selon l'interprétation du juge Dambrot, le fait que la preuve du ministère public se fonde sur des éléments de preuve circonstancielle permettrait donc à l'accusé d'écarter le secret professionnel de l'avocat existant en faveur d'un tiers. Manifestement, cette interprétation va à l'encontre de la nature même du critère préliminaire. Selon ce critère, le privilège ne devrait être levé que si l'accusé est incapable de susciter un doute raisonnable de quelque autre façon. Or, dans les affaires où la preuve du ministère public repose entièrement sur des éléments de preuve circonstancielle, l'accusé a plus de chances de réussir à susciter un doute raisonnable, et le risque d'être déclaré coupable est généralement moins élevé que dans les affaires où une preuve directe lie l'accusé au crime. Il ne serait pas logique d'affaiblir le critère préliminaire dans les affaires où le risque d'être déclaré coupable est moindre.

En toute déférence, j'estime que le juge Dambrot a commis une erreur en appliquant le critère préliminaire aux faits de l'espèce. Bien qu'il soit encore trop tôt pour trancher la question, je souligne qu'il se pourrait que Brown réussisse à susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité par d'autres moyens. Comme nous l'avons vu, sans le témoignage de l'indicateur incarcéré, la preuve présentée contre lui est uniquement circonstancielle. Les éléments de preuve qui donnent à penser que Brown pourrait avoir tué Baksh sont les suivants : a) sa propre déclaration qu'il avait acheté de la drogue à Baksh à trois reprises ce soir-là et qu'il voulait lui réclamer un vélo de montagne; b) les déclarations de témoins selon lesquelles Brown avait une serviette de table, sur laquelle était écrit le numéro de téléavertisseur de Baksh; c) la serviette de table elle-même; et d) une bande-vidéo montrant Brown entrant dans son immeuble d'habitation peu de temps après le

48

49

that the Crown could prove its case against Brown beyond a reasonable doubt.

50

The only other evidence that may implicate Brown is that of the jailhouse informant who allegedly overheard Brown confessing to another inmate. To date, the In-Custody Informer Committee of the Attorney General's office has not made a ruling as to whether the informant will be called to give evidence. The Committee is waiting for a decision on the *McClure* application before it makes its final decision on the informant's testimony. This is an error. The Crown should decide early whether the informant's testimony will be introduced, and should not wait for a determination on the *McClure* application. The informant's testimony affects the strength of the Crown's case, and is important to the trial judge's assessment of whether the accused is able to raise a reasonable doubt. It may be that the informant's testimony will sufficiently strengthen the Crown's case to obtain a guilty verdict from a jury. However, I need not explain the pitfalls of relying on the testimony of a jailhouse informant who allegedly overheard a murder confession. See *R. v. Brooks*, [2000] 1 S.C.R. 237, 2000 SCC 11. A jury may well find such testimony suspect. At any rate, as there has yet been no decision to call the informant to testify, it would be premature to conclude that Brown will be unable to raise a reasonable doubt without invading Benson's solicitor-client privilege.

51

The learned motions judge's premature decision highlights the problems that may arise with respect to the timing of a *McClure* application. Although the trial judge has discretion in every case as to when to hear the *McClure* application, it may be helpful to develop some guidance on this issue

meurtre. Personne n'a vu Brown tuer ou même menacer Baksh, et aucune trace du sang de Baksh n'a été trouvée sur Brown ni sur les objets lui appartenant. C'est seulement conjecture que de présumer que le ministère public réussirait, sur la foi de ces seuls éléments de preuve, à établir sa preuve contre Brown hors de tout doute raisonnable.

Le seul autre élément de preuve pouvant compromettre Brown réside dans la déclaration de l'indicateur incarcéré qui prétend avoir entendu Brown confesser son crime à un autre détenu. Le comité des dénonciateurs sous garde, du bureau du procureur général, n'a pas encore rendu sa décision sur la question de savoir si l'indicateur sera appelé à témoigner. Le comité attend une décision sur la demande de type *McClure* avant de se prononcer définitivement sur le témoignage de l'indicateur. Il s'agit là d'une erreur. Le ministère public devrait se prononcer rapidement sur cette question et ne devrait pas attendre qu'une décision soit rendue à propos de la demande de type *McClure*. Le témoignage de l'indicateur a une incidence sur la solidité de la preuve du ministère public, et le juge du procès en a besoin pour déterminer si l'accusé est capable de susciter un doute raisonnable. Il se pourrait que le témoignage de l'indicateur renforce suffisamment la preuve du ministère public pour donner lieu à une déclaration de culpabilité de la part d'un jury. Cela dit, je n'ai pas besoin de signaler les écueils d'une preuve fondée sur le témoignage d'un indicateur incarcéré qui prétend avoir entendu un aveu de meurtre. Voir *R. c. Brooks*, [2000] 1 R.C.S. 237, 2000 CSC 11. Un jury pourrait bien conclure qu'un tel témoignage est douteux. Quoiqu'il en soit, puisqu'il n'a pas encore été décidé si l'indicateur sera appelé à témoigner, il serait prématuré de conclure que Brown sera incapable de susciter un doute raisonnable sans que soit levé le secret professionnel de l'avocat de Benson.

La décision prématurée du juge des requêtes met en lumière les questions qui peuvent être soulevées relativement au moment d'une demande de type *McClure*. Bien que le juge du procès ait, dans chaque affaire, le pouvoir discrétionnaire de décider à quel moment il entendra la demande de type



to avoid premature *McClure* applications and/or orders.

(2) Timing of *McClure* Application

In the usual case, it would be preferable to delay the *McClure* application until the end of the Crown's case. This will better permit the trial judge to assess the strength of the Crown's case against the accused, and to determine whether the accused's innocence is, in fact, at stake. If the Crown has failed to prove its case beyond a reasonable doubt, then there will be no need to allow the *McClure* application and invade a third party's solicitor-client privilege. This will prevent the privilege from being unnecessarily violated.

This decision will be easier for a judge sitting without a jury. However, a judge sitting with a jury need not be concerned, as was Dambrot J., that his or her determination of whether the accused can raise a reasonable doubt will usurp the jury's function. The judge's decision at this stage requires an assessment of the case at that point, not a determination of it.

If the trial judge believes that the Crown has made a strong case in chief, but that the defence may be able to raise a reasonable doubt through its evidence, she may again decide to deny or postpone the *McClure* application. However, there is nothing to prevent the defence from renewing its *McClure* application during its side of the case in the belief that it will not otherwise be able to raise a reasonable doubt. Having heard a greater portion of the evidence, the trial judge will be better able to assess whether the accused's innocence is at stake. In any event, the *McClure* application is not a "one shot" affair. Although defence counsel should not abuse the process, they may bring *McClure* applications at different times in the trial if they believe that the accused's innocence is at stake. I stress again that the trial judge should only allow the *McClure* application if and when she is of the view that the accused will be unable to raise a reasonable doubt without the evidence protected by the privilege. If there is or may be some evidence upon which a reasonable

*McClure*, il peut se révéler utile d'élaborer quelques directives sur cette question afin d'éviter les demandes ou les ordonnances prématurées.

(2) Le moment de la demande de type *McClure*

En temps normal, il serait préférable de reporter l'audition de la demande de type *McClure* à la fin de la présentation de la preuve du ministère public. Le juge du procès sera alors mieux placé pour évaluer la solidité de la preuve du ministère public et pour déterminer si l'innocence de l'accusé est effectivement en jeu. Si le ministère public n'a pas réussi à établir sa preuve hors de tout doute raisonnable, il n'y a alors plus lieu de faire droit à la demande de type *McClure* et de lever le secret professionnel de l'avocat d'un tiers. On évite ainsi d'écarter le privilège inutilement.

Cette décision est plus facile à prendre en l'absence d'un jury. Cependant, le juge siégeant avec jury n'a pas à s'inquiéter, comme l'a fait le juge Dambrot, que sa détermination de la question de savoir si l'accusé est capable de susciter un doute raisonnable empiète sur les fonctions du jury. La décision du juge, à ce stade, nécessite une évaluation, et non une détermination, de la preuve.

Si le juge du procès est d'avis que le ministère public a présenté une preuve solide, mais que la défense pourrait réussir à susciter un doute raisonnable en présentant sa preuve, il peut encore décider de refuser la demande de type *McClure* ou d'en reporter l'audition. Cependant, rien n'empêche la défense de présenter une nouvelle demande de type *McClure* au moment de présenter sa preuve si elle croit être incapable de susciter un doute raisonnable autrement. Après avoir entendu une plus grande partie de la preuve, le juge du procès sera plus en mesure d'évaluer si l'innocence de l'accusé est en jeu. De toute manière, la demande de type *McClure* peut être présentée plus d'une fois. Bien que les avocats de la défense ne doivent pas abuser du processus, ils peuvent présenter des demandes de type *McClure* à différents moments du procès s'ils estiment que l'innocence de l'accusé est en jeu. J'insiste sur le fait que le juge du procès ne devrait faire droit à une demande de type *McClure* que s'il est d'avis que l'accusé sera incapable de susciter un

52

53

54

jury, properly instructed, could acquit, the *McClure* application should be denied or postponed.

55 In some cases, this may substantiate Dambrot J.'s fears about the "orderly conduct" of cases and about "undue delay" and "disruption" for jurors. Nevertheless, this procedure is necessary if we are to carefully screen requests to invade solicitor-client privilege and ensure that they are only granted when absolutely necessary to establish at least a reasonable doubt about the guilt of the accused. The test in *McClure* was not aimed at the orderly or efficient conduct of a trial, but rather at reaching an appropriate balance between the fundamental principles of solicitor-client privilege and the right to make full answer and defence. These principles are of such importance to our legal system that trial efficiency may of necessity be sacrificed from time to time.

56 Finally, due to the stringent nature of the test, and because the accused must establish each element on a balance of probabilities, successful *McClure* applications will be difficult and likely rare. There is potential, in some instances, that an accused may fail on a *McClure* application and ultimately be convicted of the crime. At a later time, when the accused is out of the system, i.e., exhausted his appeals, he may then learn of the contents of the third-party's solicitor-client communication, and discover that it may have allowed him to raise a reasonable doubt. This raises a concern that a failed *McClure* application may precede a wrongful conviction.

57 Such wrongful convictions ought to be addressed through the traditional procedure of appealing to royal prerogative, as codified in s. 690 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. They do not justify a relaxation of the *McClure* test. The test has

doute raisonnable sans la preuve protégée par le privilège. S'il existe, réellement ou probablement, une preuve qui puisse permettre à un jury raisonnable, ayant reçu de bonnes directives, de prononcer l'acquiescement, la demande de type *McClure* doit être rejetée ou son audition doit être reportée.

Dans certains cas, les craintes du juge Dambrot concernant la « conduite ordonnée » des affaires, les « retards déraisonnables » et la « perturbation » des jurés peuvent donc être justifiées. Cette façon de procéder est néanmoins nécessaire si l'on veut passer au crible les demandes de levée du secret professionnel de l'avocat et s'assurer qu'elles ne sont accueillies que lorsque cela est absolument nécessaire pour au moins susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Le test de l'arrêt *McClure* n'a pas pour but d'assurer la conduite ordonnée ou efficace d'un procès, mais plutôt d'établir un équilibre approprié entre les principes fondamentaux que sont le secret professionnel de l'avocat et le droit à une défense pleine et entière. Ces principes revêtent une telle importance dans notre système judiciaire que l'efficacité du procès doit nécessairement être sacrifiée de temps à autre.

Finalement, en raison du caractère rigoureux du test et parce que l'accusé doit établir chaque élément selon la prépondérance de la preuve, il sera difficile et sans doute rare d'avoir gain de cause dans les demandes de type *McClure*. Il pourra arriver, dans certains cas, que la demande de type *McClure* d'un accusé soit rejetée et que celui-ci soit ultimement déclaré coupable du crime. Plus tard, lorsque l'affaire est sortie du système, c.-à-d. lorsque les voies d'appel sont épuisées, il se peut que l'accusé découvre le contenu de la communication avocat-client du tiers et se rende compte qu'elle aurait pu lui permettre de susciter un doute raisonnable. Cela nourrit la crainte que le rejet d'une demande de type *McClure* puisse précéder une déclaration de culpabilité injustifiée.

De telles déclarations de culpabilité injustifiées doivent être considérées dans le cadre de la procédure traditionnelle de l'appel à la prérogative royale, codifiée dans l'art. 690 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Elles ne justifient pas un

been designed to balance solicitor-client privilege against the right to make full answer and defence. The invasion of solicitor-client privilege should be rare, and the burden of proof rests with the accused. On occasion, the process may lead to a decision that, upon obtaining complete knowledge of the facts, appears to have disadvantaged the accused. Nevertheless, it is for the accused to convince the court that the solicitor-client communications ought to be disclosed, and that burden cannot be altered simply because one gains the benefit of hindsight.

(3) The Innocence at Stake Test

- (a) *Stage #1: Is there an evidentiary basis for the belief that a solicitor-client communication exists that could raise a reasonable doubt as to the accused's guilt?*

This stage of the innocence at stake test requires the accused to provide some evidentiary basis for his belief that a solicitor-client communication exists that could raise a reasonable doubt as to his guilt. In this case, Dambrot J. found that such an evidentiary basis existed. Although he concluded that Donna Robertson's testimony may not be admissible to prove the truth of Benson's confession, Dambrot J. found that it was reliable insofar as it indicates that Benson did, in fact, make the statements to her. In addition, Robertson had provided to police the business card on which Benson's solicitors wrote their instructions purporting to invoke the right to silence. Thus, I agree with Dambrot J. that there was a sufficient evidentiary basis to find that some solicitor-client communications exist.

Further, I agree with Dambrot J.'s conclusion that the solicitor-client communications, if they exist, are capable of raising a reasonable doubt as to Brown's guilt. A confession by a third party, if sufficiently credible, is capable of raising a reasonable doubt. Therefore, although Dambrot J. allowed the

assouplissement du test de l'arrêt *McClure*. Le test a été conçu pour établir un juste équilibre entre le secret professionnel de l'avocat et le droit à une défense pleine et entière. La levée de ce privilège devrait être rare, et le fardeau de la preuve incombe à l'accusé. Il peut arriver, à l'occasion, que la procédure se solde par une décision qui, lorsque l'on prend connaissance de tous les faits, paraît avoir désavantagé l'accusé. Il appartient néanmoins à l'accusé de convaincre le tribunal que les communications avocat-client doivent être divulguées, et ce fardeau ne peut être allégé simplement sur la foi d'une sagesse en rétrospective.

(3) Le critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé

- a) *Première étape : Y a-t-il des éléments de preuve permettant de croire qu'il existe une communication avocat-client qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé?*

Cette étape du critère de la démonstration de l'innocence de l'accusé impose à celui-ci de fournir des éléments de preuve l'ayant amené à croire qu'il existe une communication avocat-client qui pourrait susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. En l'espèce, le juge Dambrot a conclu à l'existence de tels éléments de preuve. Même s'il a conclu que le témoignage de Donna Robertson pouvait ne pas être admissible comme preuve de la véracité de l'aveu de Benson, le juge Dambrot a estimé qu'il s'agissait d'un témoignage fiable en ce sens qu'il indiquait que Benson lui avait réellement fait les déclarations. De plus, Robertson a fourni à la police la carte de visite sur laquelle les avocats de Benson avaient écrit leurs instructions recommandant d'invoquer le droit de garder le silence. Je partage donc l'avis du juge Dambrot qu'il y avait des éléments de preuve suffisants pour conclure à l'existence de communications avocat-client.

Par ailleurs, je souscris à la conclusion du juge Dambrot selon laquelle les communications avocat-client peuvent, si elles existent, susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de Brown. L'aveu d'un tiers, s'il est suffisamment crédible, peut susciter un doute raisonnable. Par conséquent, même

*McClure* application prematurely, and should not have proceeded past the threshold issue, I believe that he applied the first stage of the innocence at stake test correctly.

- (b) *Can a judge require amplification of the record between stages #1 and #2 of the innocence at stake test?*

60

Having ordered that the communications be produced to him for review, Dambrot J. expressed the view ([2001] O.J. No. 3409 (QL), at para. 2) that he would be unable to rule on stage #2 of the *McClure* application without hearing from counsel “who made the notations in the files, who could interpret or expand upon the communications in their files as necessary” to make the determination. Although he eventually concluded that such amplification of the record would be unnecessary in this case, Dambrot J. made some general comments on the issue that require clarification in order to provide guidance in future cases.

61

Dambrot J. reflected on the need to amplify the record based on the underlying scope and purpose of *McClure* applications (at paras. 4-5):

The underlying purpose of having witnesses amplify the record on the second stage of a *McClure* application would be to flesh out the details of the communication that was determined on stage one to be capable of raising a reasonable doubt as to the guilt of the accused beyond what has been recorded in the file. Whether or not the calling of witnesses for this purpose is available depends on the scope of the procedure developed in *McClure*. Is it a generally available procedure for determining whether or not solicitor-client privilege should yield to full answer and defence, or is it a procedure specifically designed for and limited to cases where information is sought from a solicitor-client file? Insofar as *McClure* deals with the nature of solicitor-client privilege, and the circumstances in which it must yield to full answer and defence, it is obviously of general application. But insofar as it creates a two-stage procedure with intermediate and final tests, I have concluded that the procedure is intended to deal exclusively with claims for production from a solicitor’s file. To the extent that the calling of witnesses is permitted on stage two, those witnesses cannot be asked to

si le juge Dambrot a accueilli la demande de type *McClure* prématurément et qu’il n’aurait pas dû franchir l’étape du critère préliminaire, je crois qu’il a correctement appliqué la première étape du critère de la démonstration de l’innocence de l’accusé.

- b) *Le juge peut-il imposer l’amplification du dossier entre les première et seconde étapes du critère de la démonstration de l’innocence de l’accusé?*

Ayant ordonné la production des communications pour qu’il les examine, le juge Dambrot a fait savoir ([2001] O.J. No. 3409 (QL), par. 2) qu’il ne pourrait se prononcer sur la seconde étape de la demande de type *McClure* sans avoir entendu les avocats [TRADUCTION] « qui ont inscrit les notes dans les dossiers, qui peuvent, au besoin, donner une interprétation ou des précisions concernant les communications dans leurs dossiers ». Même s’il a finalement conclu qu’une telle amplification du dossier ne serait pas nécessaire en l’espèce, le juge Dambrot a fait sur la question des commentaires généraux qu’il faut éclaircir au bénéfice des affaires à venir.

Le juge Dambrot a examiné la nécessité d’amplifier le dossier en tenant compte de la portée et de l’objet sous-jacents des demandes de type *McClure* (aux par. 4-5) :

[TRADUCTION] Le but fondamental de faire amplifier le dossier par les témoins à la seconde étape d’une demande de type *McClure* serait d’apporter d’autres précisions concernant la communication qu’on a jugée, à la première étape, plus susceptible de soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé que celles figurant au dossier. La possibilité d’assigner des témoins à cette fin dépend de la portée de la procédure élaborée dans *McClure*. S’agit-il d’une procédure générale pour déterminer si le secret professionnel de l’avocat devrait céder le pas à la défense pleine et entière, ou s’agit-il d’une procédure spécialement conçue pour les cas où l’on cherche à obtenir des renseignements contenus dans un dossier protégé par le secret professionnel d’un avocat, et limitée à ces cas? Dans la mesure où l’arrêt *McClure* traite de la nature du secret professionnel de l’avocat et des circonstances dans lesquelles le secret professionnel doit céder le pas à la défense pleine et entière, son application est manifestement générale. Mais dans la mesure où il crée une procédure à deux étapes — critère intermédiaire et critère final —, je conclus que la procédure

divulge the details of privileged communications that do not appear in the file. There is no basis for the court to order production to the accused of testimony concerning a privileged communication taken in a court compelled *in camera* hearing as part of a *McClure* application. It follows that there is no basis for the court to conduct an investigation on behalf of the accused and compel the taking of such evidence in the first place.

. . . the accused has no entitlement to a discovery process at the commencement of trial directed towards the disclosure of the privileged communication any more than he or she is entitled to discovery of any other reluctant or uncooperative witness. [Emphasis added.]

I agree with Dambrot J.'s assessment that a *McClure* application should not be used as a discovery process to allow the defence or the trial judge to interrogate the solicitor. However, I disagree with his view that the disclosure should be strictly limited to written communications contained in the file. The decision in *McClure* speaks of solicitor-client communications, and there is no reason to make a distinction between written and oral communications. Indeed, such a distinction would be arbitrary, in that it would unfairly restrict disclosure in cases where counsel take notes sparingly, make cryptic comments, or even write illegibly. It may also have the unfortunate effect of discouraging counsel from making notes.

Restricting the *McClure* application to written documents contained in the file would undermine the rationale for that application. *McClure* was intended to provide a last resort to accused individuals whose innocence is at stake, and who otherwise face the possibility of wrongful conviction. This threat of wrongful conviction is considered sufficient to require the infringement of solicitor-client privilege in cases where there is no other way to raise a reasonable doubt. The rationale for breaching privilege with respect to written materials is equally applicable to oral communications.

concerne exclusivement les demandes de communication du dossier de l'avocat. Dans la mesure où il est permis d'assigner des témoins à la seconde étape, on ne peut exiger d'eux qu'ils divulguent les détails de communications protégées qui ne figurent pas dans le dossier. Rien ne justifie que le tribunal ordonne en faveur de l'accusé la production d'un témoignage portant sur une communication protégée et obtenu d'un témoin contraint de déposer lors d'une audience à huis clos dans le cadre d'une demande de type *McClure*. Rien ne justifie donc que le tribunal procède à une enquête pour le compte de l'accusé et qu'il contraigne les témoins à de telles dépositions.

. . . l'accusé n'a aucun droit, à l'ouverture du procès, à une communication préalable qui viserait la divulgation de communications protégées, pas plus qu'il n'a droit à l'interrogatoire préalable de tout autre témoin réticent ou peu coopératif. [Je souligne.]

Je conviens avec le juge Dambrot que les demandes de type *McClure* ne devraient pas être utilisées comme mécanisme de communication préalable permettant à la défense ou au juge du procès d'interroger l'avocat. Toutefois, je ne suis pas d'accord avec lui pour dire que la divulgation devrait être strictement limitée aux communications écrites contenues au dossier. L'arrêt *McClure* parle des communications entre un avocat et son client, et il n'y a aucune raison de faire une distinction entre les communications écrites et les communications orales. En fait, une telle distinction serait arbitraire en ce sens qu'elle restreindrait injustement la divulgation dans les cas où les avocats prennent des notes succinctes, font des commentaires sibyllins ou même écrivent de manière illisible. Elle peut également avoir la fâcheuse conséquence de dissuader les avocats de prendre des notes.

Restreindre la demande de type *McClure* aux écrits contenus dans le dossier irait à l'encontre de la raison d'être de cette demande. *McClure* vise à fournir un dernier recours aux personnes inculpées dont l'innocence est en jeu et qui, sans ce recours, risquent de se voir injustement déclarées coupables. La menace d'une déclaration de culpabilité injustifiée est considérée comme suffisante pour justifier la levée du secret professionnel dans les cas où il n'existe aucune autre possibilité de susciter un doute raisonnable. La raison d'être de la levée du privilège sur les écrits s'applique aussi bien aux

62

63

An accused should not face the likelihood of wrongful conviction simply because a third party's solicitor-client communications were not committed to paper.

64 That being said, I am mindful of the danger that requiring counsel to testify about the privileged communications may render the *McClure* application a fishing expedition akin to a discovery process. To avoid that, the amplification of the record should consist of an affidavit for the benefit of the trial judge. Its use at this stage is to assist the trial judge, not to provide additional or better evidence to the accused.

65 When a judge orders a lawyer to produce his or her files relating to certain client communications, the judge, for his eyes only at this stage, may also request the lawyer to supply an affidavit stating either that the information contained in the files is a complete record of the communications in question or containing all other information necessary to complete the record. The judge will then be in a position to review the solicitor-client communications and to determine whether any part of the communications is likely to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused.

(c) *Stage #2: Is there a communication in the file that is likely to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused?*

66 In light of the fact that Dambrot J.'s ruling on the *McClure* application was premature, it is not necessary to decide whether a communication exists in the solicitors' files that is likely to raise a reasonable doubt as to Brown's guilt. Nevertheless, a general comment on Dambrot J.'s decision on this issue may prevent confusion in the future.

67 When ordering particular items from the solicitors' files to be disclosed, Dambrot J. noted that they included "brief notations that are meaningless on

communications orales. Un accusé ne devrait pas être exposé à la possibilité d'être injustement déclaré coupable simplement parce que les communications d'un tiers protégées par le secret professionnel de l'avocat n'ont pas été consignées par écrit.

Cela dit, je suis conscient du fait que l'obligation faite à l'avocat de témoigner au sujet des communications protégées risque de transformer la demande de type *McClure* en recherche à l'aveuglette s'apparentant à un interrogatoire préalable. Pour éviter ce problème, l'amplification du dossier devrait se faire au moyen d'un affidavit destiné au juge du procès. L'affidavit à cette étape servirait à aider le juge du procès et non à fournir à l'accusé des éléments de preuve supplémentaires ou plus probants.

Lorsqu'il ordonne à un avocat de communiquer les dossiers qui se rapportent à certaines communications avec ses clients, le juge peut également lui demander de fournir, pour son examen exclusif à cette étape, un affidavit indiquant que les renseignements contenus dans les dossiers représentent l'intégralité des communications en cause, ou comprenant tous les autres renseignements nécessaires pour compléter le dossier. Le juge sera alors mieux placé pour examiner les communications entre l'avocat et son client et pour déterminer si quelque partie de ces communications suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé.

c) *Seconde étape : Y a-t-il une communication au dossier qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé?*

Vu le caractère prématuré de la décision du juge Dambrot à l'égard de la demande de type *McClure*, il n'est pas nécessaire de décider s'il existe dans les dossiers des avocats une communication qui suscitera probablement un doute raisonnable quant à la culpabilité de Brown. Néanmoins, un commentaire général concernant la décision du juge Dambrot sur cette question peut permettre d'éviter qu'il y ait confusion dans l'avenir.

En ordonnant la divulgation d'éléments précis dans les dossiers des avocats, le juge Dambrot a fait observer qu'ils comprenaient [TRADUCTION]

their own, but highly significant when viewed in the context of the other evidence led on the *voir dire*” (para. 7). Counsel for Benson had argued that the items were not likely to raise a reasonable doubt, and placed the accused no further ahead than with the information that was already available to him. To this submission, Dambrot J. responded (at para. 8):

While this argument certainly has some force, it ignores the significance of the source of the information, coming as it does from solicitors’ files, and the potential cumulative effect of evidence coming from multiple sources. Viewed in this light, I consider the information to be far from marginal.

This, with respect, is an erroneous interpretation of *McClure*. The ability to infringe solicitor-client privilege must be limited to cases where the accused’s innocence is at stake, and where there is no other way to raise a reasonable doubt. Its purpose is not, as Dambrot J. may appear to suggest, to strengthen the evidence the accused has already tendered by imbuing it with the high degree of credibility we assume there to be in a privileged communication. He was in error in ordering production of the files on the basis that it would have a “cumulative effect”.

Cumulative effect might be a basis for allowing access to solicitor-client communications where the other evidence would not, in the absence of those solicitor-client communications, be able to raise a reasonable doubt. That is, cumulative effect should only be considered where, given their context, the solicitor-client communications help to make sense of the other evidence and thereby raise a reasonable doubt. A court may not allow these privileged communications to be admitted to breathe credibility into other evidence; it may do so only in order to breathe meaning into otherwise sterile facts.

Moreover, Dambrot J.’s comments are contrary to the principles of the threshold test set out in *McClure*, namely, that the information sought by

« des inscriptions brèves qui sont vides de sens en elles-mêmes, mais qui sont très significatives lorsqu’on les examine dans le contexte des autres éléments de preuve présentés lors du voir-dire » (par. 7). L’avocat de Benson avait soutenu que les éléments ne susciteraient probablement pas un doute raisonnable et qu’ils n’apporteraient rien de plus à l’accusé que les renseignements dont il disposait déjà. Voici la réponse du juge Dambrot à cet argument (au par. 8) :

[TRADUCTION] Bien que cet argument ait assurément un certain poids, il ne tient pas compte de l’importance que revêt la source des renseignements, surtout lorsqu’ils proviennent des dossiers des avocats, comme en l’espèce, et de l’effet cumulatif possible des éléments de preuve provenant de sources multiples. Dans cette perspective, je considère que les renseignements sont loin d’être incidents.

À mon avis, cette interprétation de *McClure* est erronée. La levée du secret professionnel de l’avocat doit se limiter aux affaires dans lesquelles l’innocence de l’accusé est en jeu et dans lesquelles il n’existe aucun autre moyen de susciter un doute raisonnable. Elle ne vise pas, comme le juge Dambrot semble le dire, à renforcer la preuve que l’accusé a déjà produite, en l’imprégnant du plus grand degré de crédibilité que nous associons aux communications protégées. Il a commis une erreur en ordonnant la production des dossiers au motif que cela aurait un « effet cumulatif ».

L’effet cumulatif peut justifier l’autorisation de l’accès aux communications avocat-client lorsque les autres éléments de preuve ne permettent pas, sans ces communications, de susciter un doute raisonnable. Autrement dit, l’effet cumulatif ne devrait être considéré que dans les cas où, vu leur contexte, les communications avocat-client aident à comprendre les autres éléments de preuve et suscitent par le fait même un doute raisonnable. Un tribunal ne peut pas admettre les communications protégées pour insuffler de la crédibilité à d’autres éléments de preuve. Il ne peut le faire que pour donner un sens à des faits autrement stériles.

En outre, les commentaires du juge Dambrot vont à l’encontre des principes à la base du critère préliminaire énoncé dans *McClure*, à savoir que les

68

69

70

the accused “is not available from any other source” (para. 48 (emphasis added)). This requirement precludes any production order based on the accused’s enhanced ability to raise evidence from “multiple sources”. In addition, the words “any other source” simply refer to a source of admissible evidence, and are not qualified by the reliability of the source or the quality of his or her evidence.

renseignements que l’accusé cherche à obtenir « ne peuvent pas être obtenus ailleurs » (par. 48 (je souligne)). Cette exigence fait obstacle à toute ordonnance de production visant à accroître la capacité de l’accusé de présenter des éléments de preuve provenant de [TRADUCTION] « sources multiples ». De plus, le terme « ailleurs » renvoie simplement à une source de preuve admissible; il n’est pas tempéré par la fiabilité de la source ou la qualité de son témoignage.

71 The *McClure* application cannot be used to invade solicitor-client privilege simply because a solicitor’s file will provide evidence that is more likely to be believed than the evidence already available to the accused. The quality of the evidence is not a factor. It will likely always be the case that a solicitor’s file will be seen as a more reliable and complete source of information, due to the nature of clients’ communication to their counsel. However, it would be an unjustified affront to solicitor-client privilege to allow that frank and open manner, which is fostered by the confidential nature of the solicitor-client relationship, to become the basis for invading privilege. The very essence of the privilege would then become its own undoing.

La demande de type *McClure* ne peut être utilisée pour obtenir la levée du secret professionnel simplement parce que le dossier de l’avocat fournira des éléments de preuve probablement plus crédibles que ceux dont l’accusé dispose déjà. La qualité de la preuve n’est pas un facteur. Le dossier d’un avocat sera probablement toujours perçu comme une source de renseignements plus fiable et plus complète, en raison de la nature de la communication qu’il reçoit de son client. Toutefois, ce serait un affront injustifié au secret professionnel de l’avocat que de permettre que la franchise et l’ouverture auxquelles se prête la nature confidentielle des rapports entre l’avocat et son client servent d’assise à la levée du secret. L’essence même du privilège contribuerait à l’écarter.

72 To reiterate, the disclosure of communications under stage #2 of *McClure* can only be ordered where the solicitor’s file is the only way for the accused to raise a reasonable doubt as to his guilt. It cannot be ordered to bolster or corroborate evidence that is already available to the accused. Further, the trial judge should be satisfied that the communication sought to be entered is not otherwise inadmissible, such as being the expression of an opinion rather than a statement of fact. Other examples come to mind, but it should be left to the trial judge in the appropriate case to deal with them.

Pour récapituler, il est possible d’ordonner la divulgation des communications selon la seconde étape du test de l’arrêt *McClure* uniquement lorsque le dossier de l’avocat est le seul moyen pour l’accusé de susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. On ne peut l’ordonner pour renforcer ou corroborer la preuve dont dispose déjà l’accusé. De plus, le juge du procès doit être convaincu que la communication que l’on cherche à introduire n’est pas par ailleurs inadmissible, par exemple du fait qu’il s’agit davantage de l’expression d’une opinion que de l’énoncé d’un fait. D’autres exemples viennent à l’esprit, mais il faut laisser au juge du procès, dans l’affaire en cause, le soin d’en traiter.

(d) *Scope of Disclosure*

d) *Étendue de la divulgation*

73 Once a trial judge has decided to allow a *McClure* application and order disclosure of certain privileged communications, the scope of that disclosure remains to be decided. This issue was not discussed

Une fois que le juge du procès a décidé d’accueillir une demande de type *McClure* et d’ordonner la divulgation de certaines communications protégées, il reste à déterminer l’étendue de la



in *McClure*, as the application for disclosure in that case was denied. However, it was argued extensively before us in the present appeal, and some guidance might help. Ultimately, the manner and scope of disclosure will fall within the discretion of the trial judge.

Two issues ought to be addressed regarding the scope of disclosure. The first is to identify which communications ought to be disclosed. As discussed previously in the context of amplifying the record, the trial judge should achieve a balance by allowing access to solicitor-client communications only to the extent necessary to allow the accused to raise a reasonable doubt. The process should be similar to that outlined by L'Heureux-Dubé J. in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 163, for the production of medical and therapeutic records in the hands of third parties, particularly in sexual assault cases.

In that vein, where a court concludes that production is warranted, it should only be made in the manner and to the extent necessary to achieve that objective: *Dagenais*, *supra*. The court should not release classes of records, but rather should inspect each individual record for materiality. Records that are to be produced should be vetted with a view to protecting the witness's privacy, while nonetheless maintaining sufficient detail to make the contents meaningful to the reader. The judge may, in certain cases, wish to hear submissions on whether the vetting of the records should be assisted by counsel for the complainant, for the guardian of the records, or for the Crown. It will generally be appropriate, moreover, to review the records *in camera*, and to keep the records sealed and in the custody of the registrar. . . . These procedures are part and parcel of the process of ensuring that privacy rights are minimally impaired while nonetheless furthering the objective of guaranteeing the accused full answer and defence and a fair trial.

As can be seen, L'Heureux-Dubé J. was careful to limit production to only those records necessary to provide the accused with a fair trial. Her instructions were later echoed in ss. 278.1 to 278.91 of the *Criminal Code*, which were enacted in response to

divulgarion. Cette question n'a pas été examinée dans *McClure* puisque la demande de divulgation y a été rejetée. Toutefois, la question a longuement été débattue dans le présent pourvoi et quelques indications peuvent être utiles. En définitive, la méthode et l'étendue de la divulgation relèveront du pouvoir discrétionnaire du juge du procès.

Il y a deux questions à étudier relativement à l'étendue de la divulgation. La première concerne les communications à divulguer. Comme nous l'avons vu précédemment dans le contexte de l'amplification du dossier, le juge du procès devrait établir une pondération en autorisant l'accès aux communications avocat-client uniquement dans la mesure nécessaire pour permettre à l'accusé de susciter un doute raisonnable. Le processus devrait ressembler à celui que le juge L'Heureux-Dubé a énoncé dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 163, à l'égard de la production des dossiers médicaux et des dossiers thérapeutiques en la possession de tiers, particulièrement dans les affaires d'agression sexuelle.

Dans cette veine, lorsqu'un tribunal conclut que la production est justifiée, il ne devrait l'autoriser que de la manière et dans la mesure nécessaires à la réalisation de cet objectif : *Dagenais*, précité. Le tribunal ne devrait pas communiquer des catégories de dossiers, mais il devrait plutôt examiner chaque dossier pour savoir s'il est substantiel. Les dossiers à produire devraient être édités dans le but de protéger la vie privée du témoin, tout en conservant suffisamment de détails pour que le contenu ait une signification pour le lecteur. Le juge peut, dans certains cas, vouloir entendre les parties sur la question de savoir si, pour l'édition des dossiers, il devrait se faire aider par le procureur de la plaignante, par celui du gardien des dossiers ou par le substitut du procureur général. En outre, il conviendra généralement d'examiner les dossiers à huis-clos, de les garder sous scellés et de les confier à la garde du greffier. [ . . . ] Ces procédures font partie intégrante du processus visant à minimiser le plus possible l'atteinte au droit à la vie privée tout en garantissant à l'accusé une défense pleine et entière et un procès équitable.

On le voit, le juge L'Heureux-Dubé a veillé à limiter la production aux seuls dossiers nécessaires pour assurer à l'accusé un procès équitable. Ses instructions ont été codifiées ultérieurement dans les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, édictés à la

the decision in *O'Connor*. Specifically, s. 278.7(3) allows a judge ordering production of a record to “impose conditions on the production to protect the interests of justice and, to the greatest extent possible, the privacy and equality interests of the complainant or witness”, to edit the record, and to sever certain personal information from the record.

76 Similar instructions were provided in respect of the disclosure of solicitor-client communications in *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455. At para. 86, Cory J. explained the strict limitations on disclosure in cases involving the public safety exception to solicitor-client privilege:

The disclosure of the privileged communication should generally be limited as much as possible. The judge setting aside the solicitor-client privilege should strive to strictly limit disclosure to those aspects of the report or document which indicate that there is an imminent risk of serious bodily harm or death to an identifiable person or group. . . . The requirement that the disclosure be limited must be emphasized. For example, if a report contained references to criminal behaviour that did not have an imminent risk of serious bodily harm but disclosed, for example, the commission of crimes of fraud, counterfeiting or the sale of stolen goods, those references would necessarily be deleted.

77 The same guiding principles must apply in the case of *McClure* orders. The judge should order production of only those communications that are necessary to allow an accused, whose innocence is otherwise at stake, to raise a reasonable doubt as to his guilt. A thoughtful and close examination of the communications is required to serve the public interest in avoiding wrongful conviction, while at the same time protecting solicitor-client privilege to the greatest extent possible. For example, if the communications refer to other crimes committed by the privilege holder, those references ought to be omitted. Further, care should be taken to ensure that third parties who are named in the privileged communications have their identities protected. In short, any portions of the communications that are

suite de l'arrêt *O'Connor*. Plus particulièrement, le par. 278.7(3) autorise le juge qui rend une ordonnance de communication d'un dossier à l'assortir des « conditions qu'il estime indiquées pour protéger l'intérêt de la justice et, dans la mesure du possible, les intérêts en matière de droit à la vie privée et d'égalité du plaignant ou du témoin », à réviser le dossier et à en supprimer certains renseignements personnels.

Des instructions similaires ont été fournies relativement à la divulgation des communications avocat-client dans *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455. Au paragraphe 86, le juge Cory a expliqué pourquoi la divulgation est strictement limitée dans les affaires mettant en cause l'exception au privilège du secret professionnel de l'avocat relative à la sécurité publique :

La divulgation des communications protégées par le privilège doit en général être aussi limitée que possible. Le juge qui écarte le secret professionnel de l'avocat doit s'efforcer de limiter strictement la divulgation aux aspects du rapport ou du document qui révèlent le danger imminent de blessures graves ou de mort auquel est exposé une personne ou un groupe identifiable. [ . . . ] Il convient d'insister sur la nécessité de limiter la divulgation. Par exemple, si le rapport fait référence à une conduite criminelle qui n'expose personne à un danger imminent de blessures graves mais révèle, disons, la commission d'une fraude, d'une contrefaçon ou la vente de biens volés, il serait nécessaire de supprimer ces passages.

Les mêmes principes directeurs doivent s'appliquer dans le cas des ordonnances de type *McClure*. Le juge devrait ordonner uniquement la production des communications nécessaires pour permettre à l'accusé, dont l'innocence est en jeu, de susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Un examen raisonné et attentif est nécessaire pour servir l'intérêt public, qui est d'éviter une déclaration de culpabilité injustifiée, tout en protégeant le secret professionnel de l'avocat dans toute la mesure possible. Par exemple, si les communications renvoient à d'autres crimes commis par le détenteur du secret professionnel, il y a lieu d'omettre ces mentions. En outre, il faudra veiller à protéger l'identité des tiers nommés dans les communications protégées. Bref, toute partie des communications qui n'est

not necessary to raise a reasonable doubt as to the guilt of the accused should not be disclosed under the *McClure* application.

The second issue to be determined regarding the scope of disclosure is who should be entitled to disclosure of the privileged communications. The Attorney General of Ontario has submitted that any disclosure made to Brown ought also be made to the Crown. This argument rests on the long-standing principle that the Crown's role is not to gain a conviction at all costs, but to seek the truth and present all relevant evidence to the trier of fact. The Attorney General of Ontario referred to *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, at pp. 23-24, *per* Rand J.:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime. Counsel have a duty to see that all available legal proof of the facts is presented: it should be done firmly and pressed to its legitimate strength but it must also be done fairly. The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

Accordingly, the Attorney General submits that the Crown's interest in obtaining disclosure of the material is just as great as the accused's. The Crown must act in the public interest in determining whether to proceed to trial and whether there is sufficient evidence to secure a conviction. The Crown has a public duty to avoid the wrongful conviction of accused individuals. Therefore, the Attorney General submitted that any information disclosed to an accused on a *McClure* application should also be disclosed to the Crown.

pas nécessaire pour susciter un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé ne devrait pas être divulguée dans le cadre d'une demande de type *McClure*.

La deuxième question à trancher relativement à l'étendue de la divulgation est de savoir qui devrait bénéficier de la divulgation des communications protégées. Le procureur général de l'Ontario a fait valoir que toute divulgation consentie à Brown devrait également être consentie au ministère public. Cet argument se fonde sur le principe de longue date selon lequel le ministère public n'a pas pour rôle d'obtenir à tout prix une déclaration de culpabilité, mais de rechercher la vérité et de présenter tous les éléments de preuve pertinents au juge des faits. Le procureur général de l'Ontario a cité *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, p. 23-24 des motifs du juge Rand :

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce qu'on allègue être un crime. Les avocats sont tenus de veiller à ce que tous les éléments de preuve légaux disponibles soient présentés : ils doivent le faire avec fermeté et en insistant sur la valeur légitime de cette preuve, mais ils doivent également le faire d'une façon juste. Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de perte de cause; il s'acquiesce d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquiescer de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

Le procureur général fait donc valoir que l'intérêt du ministère public dans la divulgation des documents est aussi important que celui de l'accusé. Le ministère public doit agir dans l'intérêt public lorsqu'il détermine s'il y a lieu d'instruire et s'il y a suffisamment de preuve pour obtenir une déclaration de culpabilité. Le ministère public a le devoir public d'empêcher que des accusés soient injustement condamnés. Le procureur général a donc plaidé que tout renseignement divulgué à un accusé dans le cadre d'une demande de type *McClure* devrait également être divulgué au ministère public.

78

79

80

While the Crown has a significant public duty in criminal cases, particularly in its pursuit of truth, I am not persuaded that this merits the participation of or disclosure to the Crown pursuant to *McClure* applications. The Crown's duty to avoid wrongful conviction is outweighed by an individual's right to speak freely with his or her lawyer secure in the knowledge of the confidential and privileged nature of those communications. Further, it can be assumed that a person who may be wrongly accused will make at least as good use of potentially exculpatory information in the hopes of avoiding wrongful conviction as would the Crown.

81

In order to balance the competing fundamental principles of solicitor-client privilege and the right to make full answer and defence, solicitor-client privilege should be infringed as minimally as necessary to allow the accused to raise a reasonable doubt. It is important that the *McClure* application be used only to protect an accused whose innocence is at stake, and not to create a new method of discovery for the Crown.

82

This limited scope of disclosure in *McClure* applications is consistent with general principles of disclosure in our criminal justice system. Although the Crown in Canada is required to provide full disclosure to an accused, the accused has no reciprocal duty. This one-way disclosure obligation was discussed by Sopinka J. in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 333:

I would add that the fruits of the investigation which are in the possession of counsel for the Crown are not the property of the Crown for use in securing a conviction but the property of the public to be used to ensure that justice is done. In contrast, the defence has no obligation to assist the prosecution and is entitled to assume a purely adversarial role toward the prosecution. The absence of a duty to disclose can, therefore, be justified as being consistent with this role.

Le ministère public a certes un devoir public important dans les affaires criminelles, particulièrement dans sa recherche de la vérité, mais je ne suis pas convaincu que ce devoir justifie la participation du ministère public ou la divulgation à celui-ci suivant une demande de type *McClure*. Le devoir du ministère public d'empêcher les déclarations de culpabilité injustifiées cède le pas au droit de parler librement à son avocat avec la certitude que ces communications sont confidentielles et protégées. De plus, on peut présumer que la personne accusée à tort fera des renseignements susceptibles de la disculper une utilisation au moins aussi judicieuse que le ministère public, dans l'espoir d'éviter une déclaration de culpabilité injustifiée.

Dans la pondération des principes fondamentaux que sont le secret professionnel de l'avocat et le droit à une défense pleine et entière, le secret professionnel devrait être levé dans la seule mesure nécessaire pour permettre à l'accusé de susciter un doute raisonnable. Il est important que le recours à la demande de type *McClure* vise uniquement à protéger un accusé dont l'innocence est en jeu et non à instaurer une nouvelle méthode de communication préalable pour le ministère public.

Cette étendue restreinte de la divulgation dans les demandes de type *McClure* est conforme aux principes généraux de divulgation de notre système de justice pénale. Même si au Canada le ministère public a l'obligation de divulguer toute sa preuve à l'accusé, ce dernier n'a aucune obligation réciproque. Le juge Sopinka a examiné cette obligation de divulgation unilatérale dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 333 :

J'ajouterais que les fruits de l'enquête qui se trouvent en la possession du substitut du procureur général n'appartiennent pas au ministère public pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue. La défense, par contre, n'est nullement tenue d'aider la poursuite et il lui est loisible de jouer purement et simplement un rôle d'adversaire à l'égard de cette dernière. L'absence d'une obligation de divulguer peut donc se justifier comme étant compatible avec ce rôle.

The Crown will not suffer any prejudice if disclosure of the material on a *McClure* application is limited to the accused. In an ordinary case, privileged communications between a third party and his or her solicitor may never come to the Crown's attention, and will be of no assistance to the Crown in deciding whether to proceed to trial. Moreover, even if the Crown became aware of a privileged communication, it could not invade privilege simply to obtain a fuller picture of all the evidence in the case, however admirable the Crown's intentions may be. If this were the case, solicitor-client privilege would be rendered practically meaningless.

In my view, the principles that apply in an ordinary criminal prosecution are not altered by a successful *McClure* application. The application provides for limited disclosure to an accused whose innocence is at stake, and who cannot raise a reasonable doubt in any other way. The disclosure is allowed for a specific, exceptional purpose. The Crown cannot "piggy back" onto this exceptional purpose to obtain disclosure of privileged material to which it would not have access in the ordinary case. This would allow the Crown to invade solicitor-client privilege without meeting the rigorous requirements set out in *McClure*.

To avoid this result, the material produced to the accused pursuant to a *McClure* application should be subject to the normal disclosure provisions of a criminal trial. If the accused decides not to raise the privileged communications as evidence, then they will never come to the Crown's attention, and the privilege holder will not be jeopardized. Conversely, if the defence decides to rely on the privileged communications, whether at trial or during pre-trial negotiations, the Crown will gain access to those communications to the extent that the accused uses them.

The Crown has raised the concern that the privileged communications might themselves be unreliable, and submitted that the public has an interest in ensuring that an accused's acquittal is not based

Le ministère public ne subira aucun préjudice si la divulgation des documents dans le cadre d'une demande de type *McClure* se limite à l'accusé. En temps normal, les communications protégées entre un tiers et son avocat ne peuvent jamais être portées à l'attention du ministère public, et elles ne lui sont d'aucune utilité pour décider si l'affaire sera instruite. En outre, même si le ministère public avait connaissance d'une communication protégée, il ne pourrait lever le secret simplement pour obtenir une image plus complète de tous les éléments de preuve au dossier, si louables que soient ses intentions. Sinon, le secret professionnel de l'avocat perdrait pratiquement tout son sens.

À mon avis, les principes qui s'appliquent normalement dans une poursuite criminelle ne sont pas modifiés lorsqu'une demande de type *McClure* est accueillie. La demande prévoit une divulgation restreinte en faveur de l'accusé dont l'innocence est en jeu et qui ne peut susciter un doute raisonnable d'aucune autre manière. La divulgation est autorisée à une fin précise et exceptionnelle. Le ministère public ne peut se servir de cette fin exceptionnelle pour obtenir la divulgation de documents protégés auxquels il n'aurait pas normalement accès. Cela lui permettrait d'écarter le secret professionnel sans avoir à répondre aux exigences rigoureuses énoncées dans *McClure*.

Pour éviter ce résultat, les documents communiqués à l'accusé en vertu d'une demande de type *McClure* devraient être soumis aux règles de divulgation normalement applicables dans un procès criminel. Si l'accusé décide de ne pas se servir des communications protégées en preuve, le ministère public n'en prendra jamais connaissance et le détenteur du secret professionnel ne sera pas mis en péril. Par contre, si la défense décide de se servir des communications protégées lors du procès ou pendant les négociations préalables au procès, le ministère public y aura accès dans la mesure où l'accusé les utilise.

Le ministère public s'inquiète de la possibilité que les communications protégées ne soient elles-mêmes pas dignes de foi et il fait valoir qu'il est dans l'intérêt public de veiller à ce que l'accusé

83

84

85

86

on unreliable communications. While this is a legitimate concern, I think that it is adequately addressed by the procedures that have been suggested. If the accused decides not to rely on the privileged communications, then there is no danger that they will be the basis for any subsequent acquittal. Moreover, to the extent that the accused relies on the privileged communications, the Crown will have access to them. If the Crown doubts the reliability of the privileged statements, then it may challenge them according to the ordinary rules of evidence. This may include cross-examination of the solicitor at trial, if necessary, subject to the vigilance of the trial judge that invasion of the privilege is kept to its essentials. Thus, the Crown's concerns about "wrongful acquittals" can be adequately addressed without further incursions into solicitor-client privilege.

87 In addition, the trial judge should use his or her discretion to protect the confidentiality of the disclosed communications *vis-à-vis* the participants in the trial and the public.

(e) *Immunity of the Privilege Holder*

88 The invasion of solicitor-client privilege exposes the privilege holder to potential future liability, particularly in cases, such as the present one, that may involve a confession to a serious crime. Dambrot J. clearly accepted that some protections must be in place to prevent the disclosed material from being subsequently used as a "sword" against Benson. He stated:

. . . I would, subject to hearing some very compelling arguments, attach conditions relating to the subject of sword and shield that you mentioned, because I think it would be grossly unfair for the Crown to get the windfall ability to use it as affirmative evidence, if it's usable in that way, against Benson. It would be, it seems to me, that would turn around the justification for making the order on its head.

Although Dambrot J. did not provide explicit conditions in the disclosure order, it was accepted by all parties before this Court, including the Crown, that

ne soit pas acquitté sur la base de communications sujettes à caution. La question est certes légitime, mais j'estime que les procédures proposées y répondent adéquatement. Si l'accusé décide de ne pas se servir des communications protégées, il n'y a alors aucun danger qu'elles soient le fondement d'un acquittement subséquent. En outre, dans la mesure où l'accusé se sert des communications protégées, le ministère public y aura accès. Si celui-ci doute de la fiabilité des déclarations protégées, il pourra alors les contester selon les règles de preuve ordinaires. Par exemple, l'avocat pourrait, au procès, être contre-interrogé au besoin, pourvu que le juge du procès fasse preuve de vigilance en limitant à l'essentiel la levée du secret professionnel. Il est donc possible de répondre à l'inquiétude du ministère public concernant les « acquittements injustifiés » sans enfreindre davantage le secret professionnel.

Par ailleurs, le juge du procès devrait exercer son pouvoir discrétionnaire dans le but de protéger la confidentialité des communications divulguées vis-à-vis de ceux qui participent au procès et le public.

e) *Immunité du détenteur du secret professionnel*

La levée du secret professionnel de l'avocat peut engager la responsabilité du détenteur du privilège dans l'avenir, particulièrement dans les affaires, comme en l'espèce, qui peuvent impliquer l'aveu d'un crime grave. Le juge Dambrot a manifestement reconnu qu'il faut établir certaines protections pour empêcher que les documents divulgués ne deviennent ultérieurement un « glaive » contre Benson :

[TRADUCTION] . . . à moins qu'on me présente des arguments très convaincants, j'imposerais des conditions en ce qui a trait à la question de glaive et de bouclier dont vous avez parlé, parce que je crois qu'il serait extrêmement injuste que le ministère public puisse avoir l'avantage de l'utiliser comme élément de preuve affirmative contre Benson, à supposer que cela soit possible. Ce serait, il me semble, contraire aux motifs qui justifient l'ordonnance.

Même si le juge Dambrot n'a pas assorti l'ordonnance de divulgation de conditions explicites, toutes les parties en la présente instance, y compris le

should the communications be disclosed, Benson ought to receive immunity regarding the subsequent use of his privileged communications.

As described, solicitor-client privilege is a fundamental tenet of our legal system. Clients must be comfortable in making free and candid disclosure to their solicitors without fear that their communications will later be used against them. This principle should in no way be diminished by the limited disclosure allowed in *McClure*. The test established in that case provides for disclosure in the exceptional circumstance that it is necessary to prevent a wrongful conviction. The disclosure must be limited to that purpose only. It should not be used to incriminate the privilege holder, who would have been protected but for the operation of *McClure*.

The immunity of the privilege holder in the case of a *McClure* application is not entirely analogous to the other types of immunity typically implicated in criminal cases. The privilege holder is not an accused, so he cannot claim the right not to testify against himself under s. 11(c) of the *Charter*. Indeed, the privilege holder (Benson) may not even be a witness, so he cannot claim the privilege against self-incrimination afforded by s. 13 of the *Charter* and by s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. Therefore, the immunity of the privilege holder falls to be addressed by the broader principles of fundamental justice inherent in s. 7 of the *Charter*.

Section 7 provides that “[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.” In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, La Forest J. found that s. 7 “may in certain contexts at least provide residual protection to the interests the right is designed to protect that goes beyond the specific protection provided by ss. 11(c) and 13”

ministère public, s’entendent pour dire qu’en cas de divulgation des communications, Benson devrait bénéficier d’une immunité relativement à l’utilisation ultérieure de ses communications protégées.

Comme je l’ai déjà précisé, le secret professionnel de l’avocat est un précepte fondamental de notre système juridique. Les clients doivent avoir l’assurance de pouvoir communiquer avec leurs avocats librement et franchement sans crainte que leurs communications soient utilisées ultérieurement contre eux. Ce principe ne saurait d’aucune façon être affaibli par la divulgation restreinte qu’autorise *McClure*. Le test établi dans cette affaire autorise exceptionnellement la divulgation lorsqu’elle est nécessaire pour empêcher une déclaration de culpabilité injustifiée. La divulgation doit se limiter à cette seule fin. Elle ne devrait pas servir à incriminer le détenteur du privilège, lequel aurait été protégé n’eût été l’application de *McClure*.

L’immunité du détenteur du privilège dans le cadre d’une demande de type *McClure* n’est pas tout à fait analogue aux autres sortes d’immunité traditionnellement reconnues dans les affaires criminelles. N’étant pas un accusé, le détenteur du privilège ne peut pas invoquer le droit de ne pas témoigner contre lui-même prévu à l’al. 11(c) de la *Charte*. En fait, le détenteur du privilège (Benson) peut même ne pas être un témoin, de sorte qu’il ne peut invoquer le privilège de ne pas s’incriminer garanti à l’art. 13 de la *Charte* et au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. Il s’agit donc d’une question qui relève des grands principes de justice fondamentale découlant de l’art. 7 de la *Charte*.

L’article 7 dispose que « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale. » Dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, le juge La Forest a estimé que l’art. 7 « peut accorder, à tout le moins dans certains cas, aux intérêts que le droit vise à protéger une protection résiduelle qui va au-delà de la protection spécifique

89

90

91

(p. 537). Other members of the Court also described s. 7 as providing “residual protection” against self-incrimination in situations not already governed by other sections of the *Charter*.

92

In *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, Lamer C.J. confirmed that “[t]he broad protection afforded to accused persons is perhaps best described in terms of the overarching principle against self-incrimination, which is firmly rooted in the common law and is a fundamental principle of justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*” (p. 577). Next, in *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, Lamer C.J. described the principle against self-incrimination in the following way, at p. 249:

Any state action that coerces an individual to furnish evidence against him- or herself in a proceeding in which the individual and the state are adversaries violates the principle against self-incrimination. Coercion, it should be noted, means the denial of free and informed consent.

The Chief Justice also noted that the rationale for the principle was rooted in two other principles: “(1) protection against unreliable confessions; and (2) protection against the abuse of power by the state” (p. 250). While Lamer C.J. was in dissent in *Jones*, the above principles have been cited by this Court in subsequent cases, *infra*, and ought to be taken as authoritative.

93

Lamer C.J.’s definition and rationale were cited by La Forest J. in *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154, which involved a fisherman who was charged for exceeding his quota. La Forest J. found that the principle against self-incrimination was not engaged by the requirement that the fisherman produce fishing logs and a hail report describing his estimated catch. La Forest J. was particularly persuaded by the lack of an adversarial or inquisitorial relationship, and by the “muted” degree of coercion involved (para. 37). Similarly, La Forest J. found that the mandatory reporting did not threaten either rationale for the principle against self-incrimination, in that it encouraged neither unreliable confessions nor abuses of power by the state. The same reasoning

prévue par l’al. 11c) et l’art. 13 » (p. 537). D’autres juges de la Cour ont également précisé que l’art. 7 accordait une « protection résiduelle » contre l’auto-incrimination dans les situations qui ne sont pas déjà régies par d’autres articles de la *Charte*.

Dans *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, le juge en chef Lamer confirme que « [l]a protection générale accordée à un accusé est sans doute mieux décrite par le principe général interdisant l’auto-incrimination qui est fermement enraciné dans la common law et qui constitue un principe de justice fondamentale au sens de l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (p. 577). Ensuite, dans *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, le juge en chef Lamer définit, à la p. 249, le principe interdisant l’auto-incrimination :

Toute action de l’État qui contraint une personne à produire une preuve contre elle-même dans des procédures l’opposant à l’État viole le principe interdisant l’auto-incrimination. La contrainte, devrait-on le souligner, signifie refuser la possibilité de donner un consentement libre et éclairé.

Le Juge en chef faisait également remarquer que la raison d’être du principe puisait sa source dans deux autres principes : « (1) la protection contre les confessions indignes de foi, et (2) la protection contre les abus de pouvoir de l’État » (p. 250). Le juge en chef Lamer était dissident dans *Jones*, mais ces principes ont été cités par la Cour dans des arrêts subséquents, mentionnés plus loin, et doivent être reconus comme faisant autorité.

La définition et la raison d’être formulées par le juge en chef Lamer ont été citées par le juge La Forest dans *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, où un pêcheur était accusé d’avoir pêché une quantité supérieure aux contingents fixés. Le juge La Forest a conclu que le principe interdisant l’auto-incrimination n’était pas enclenché par l’obligation faite au pêcheur de soumettre des journaux de bord et un rapport radio indiquant le poids estimatif de ses prises. L’absence de relation de nature contradictoire ou inquisitoriale et le degré « atténu[é] » de la contrainte dans cette affaire ont particulièrement convaincu le juge La Forest (par. 37). De même, le juge La Forest a conclu que l’obligation de soumettre un rapport ne compromettrait pas non plus la



process was followed by Iacobucci J. in *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, where he concluded that mandatory reporting of motor vehicle accidents did bring the principle against self-incrimination into play.

Applying these criteria to the present case, I conclude that privilege holders whose solicitor-client communications are disclosed pursuant to a *McClure* application must be protected by the residual principle against self-incrimination contained in s. 7 of the *Charter*. Although the privilege holder is not necessarily engaged in adversarial proceedings at the time he makes the communication with his solicitor, he risks being involved in such proceedings once those communications are disclosed. Moreover, while the communication to the solicitor is not “coerced” by the state in the same way as a statutory reporting obligation or as interrogation by police, it is coerced inasmuch as it is ordered disclosed by a court of law, and the court order overrides the solicitor-client privilege that would otherwise apply. The residual protection of s. 7 would indeed be hollow if it allowed an individual to be incriminated by statements that were disclosed as an exception to his solicitor-client privilege.

What, then, is the scope of the residual protection provided to individuals whose privilege is invaded by way of a *McClure* application? This Court has noted that an interpretation of the principle against self-incrimination contained in s. 7 of the *Charter* is “contextually-sensitive”, because it “demands different things at different times”; see *White, supra*, at para. 45. Thus, while prior jurisprudence will be instructive to the present appeal, the Court maintains the ability to tailor the scope of the principle in accordance with the particular facts of the case.

In the case of communications that are disclosed pursuant to *McClure* applications, it is critical to consider the fundamental importance of solicitor-

raison d’être du principe interdisant l’auto-incrimination, en ce sens qu’elle n’incitait pas aux aveux indignes de foi ni aux abus de pouvoir de l’État. Le juge Iacobucci a suivi le même raisonnement dans *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, où il a conclu que l’obligation de déclarer les accidents d’automobile fait effectivement intervenir le principe interdisant l’auto-incrimination.

Appliquant ces critères au présent pourvoi, je conclus que les détenteurs du privilège dont les communications avec leur avocat sont divulguées dans le cadre d’une demande de type *McClure* doivent être protégés par le principe résiduel interdisant l’auto-incrimination contenu à l’art. 7 de la *Charte*. Bien que le détenteur du privilège ne prenne pas nécessairement part à des procédures contradictoires au moment où il communique avec son avocat, il risque d’être engagé dans de telles procédures une fois les communications divulguées. En outre, la communication à l’avocat n’est pas « imposée » par l’État comme le serait l’obligation légale de soumettre un rapport ou l’interrogatoire policier, mais elle est imposée en ce sens que sa divulgation est ordonnée par une cour de justice, l’ordonnance de la cour l’emportant sur la protection du secret professionnel, qui s’appliquerait autrement. La protection résiduelle de l’art. 7 serait fictive si elle permettait qu’une personne soit incriminée à cause de déclarations divulguées à titre d’exception au privilège qu’elle détient.

Quelle est donc l’étendue de cette protection résiduelle offerte aux personnes qui voient leur privilège écarté en raison d’une demande de type *McClure*? La Cour a fait remarquer que l’interprétation du principe interdisant l’auto-incrimination contenu à l’art. 7 de la *Charte* « vari[e] selon le contexte », parce qu’elle « exige différentes choses à différents moments »; voir *White*, précité, par. 45. Ainsi, si elle peut compter sur la jurisprudence antérieure pour éclairer le présent pourvoi, la Cour conserve la faculté d’ajuster l’étendue du principe selon les faits particuliers de l’affaire.

S’agissant de communications divulguées dans le cadre de demandes de type *McClure*, il est crucial de considérer l’importance fondamentale du

94

95

96

client privilege to our system of justice. That privilege can only be invaded in extremely exceptional circumstances, where another individual's innocence is at stake. It is important that the rights of the privilege holder be intruded upon as minimally as possible. Consequently, in reviewing how the principle against self-incrimination has been interpreted in previous cases, I believe that the protection extended to the privilege holder must be among the strongest available in law.

97 In *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, the Court was asked to determine whether an accused who was charged and tried separately could be a compellable witness in the trial of a second accused charged in relation to the same offence. Due to the separate trials, the first accused had simply the status of "witness" at the trial of the second accused, and was subject to the ordinary rules regarding the compellability of witnesses. The Court found that, while the first accused was a properly compellable witness, s. 13 of the *Charter* operated to provide "use" immunity with respect to the evidence he gave. He was also protected by "derivative use" immunity under s. 7 of the *Charter* for evidence that resulted, in fact, from the compelled disclosure.

98 Similarly, in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, this Court had to determine the appropriate scope of immunity for officers of a corporation who were compelled to testify in a case against the corporation on the subject of questionable expenditures by the corporation. The officers argued that this compelled testimony violated the s. 7 principle against self-incrimination. The Court disagreed, and found that the officers were properly compelled to testify. However, ss. 13 and 7 of the *Charter* required that the officers be granted "use" and "derivative use" immunity, respectively, regarding their compelled testimony.

99 In my view, the privilege holder in the case of *McClure* applications must be given at least as much protection as described above. The rationale for

secret professionnel dans notre système de justice. Ce privilège peut être levé uniquement dans les cas d'extrême exception, lorsque l'innocence d'une autre personne est en jeu. Il est important de porter le moins possible atteinte aux droits du détenteur du privilège. En conséquence, après examen de l'interprétation jurisprudentielle du principe interdisant l'auto-incrimination, j'estime que la protection accordée au détenteur du privilège se doit d'être parmi les plus fortes que le droit puisse offrir.

Dans *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, la Cour a été appelée à déterminer si un accusé inculpé et jugé séparément pouvait être un témoin contraignable au procès d'un deuxième accusé inculpé relativement à la même infraction. En raison des procès séparés, le premier accusé avait simplement un statut de « témoin » au procès du deuxième accusé et était assujéti aux règles ordinaires de la contraignabilité des témoins. La Cour a conclu que le premier accusé était un témoin régulièrement contraignable, mais que l'art. 13 de la *Charte* lui permettait de bénéficier d'une immunité contre l'utilisation en preuve de son témoignage. Il était également protégé en vertu de l'art. 7 de la *Charte* par l'immunité contre l'utilisation d'une preuve dérivée qui découlait, dans les faits, de la communication forcée.

De même, dans *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, la Cour devait déterminer l'étendue de l'immunité qu'il convenait d'accorder à des dirigeants d'une société contraints à témoigner dans une affaire impliquant la société au sujet de dépenses discutables qu'elle avait engagées. Les dirigeants ont allégué que ce témoignage forcé violait le principe interdisant l'auto-incrimination visé à l'art. 7. La Cour n'a pas partagé cet avis et a conclu qu'on avait régulièrement contraint les dirigeants à témoigner. Toutefois, les art. 13 et 7 de la *Charte* commandaient que les dirigeants bénéficient d'une immunité « contre l'utilisation de la preuve » et « contre l'utilisation de la preuve dérivée », respectivement, eu égard à leur témoignage forcé.

À mon avis, le détenteur du privilège dans le cadre de demandes de type *McClure* doit recevoir au moins autant de protection que celle décrite

protecting a witness, even one who has been charged in connection with the same crime, is equally applicable to evidence that is ordered disclosed pursuant to a *McClure* application. A third party who makes an incriminating statement to his solicitor does so with the confidence that the statement will not subsequently be used against him. If that statement is later ordered disclosed due to a *McClure* application, the third party will, indirectly, have been compelled to provide evidence against himself. Although this compulsion does not have the same “adversarial” nature as in situations where an accused is directly required by the police or prosecution to incriminate himself, a judge’s order in response to a *McClure* application involves a comparable amount of state “coercion”. Therefore, the privilege holder should be subject to the same *Charter* protections that would apply had he been compelled to testify as a witness, namely, use immunity and derivative use immunity.

This means that the privilege holder’s communications and any evidence derived therefrom cannot be used in a subsequent case against the privilege holder. However, I disagree with the submission of the intervener the Federation of Law Societies of Canada that any information found in a subsequent investigation should be classified as derivative evidence. The intervener submitted that, as the case against Benson may never be re-opened but for the disclosure of his privileged communications, any evidence discovered subsequent to that disclosure is necessarily derivative. This suggestion is overly broad, and has the practical effect of extending transactional immunity, discussed and rejected *infra*, to the privilege holder. Instead, in order to be classified as derivative, the evidence must have a more tangible connection to the self-incriminating evidence, as reviewed by Cory J. in *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, at paras. 99-102.

For example in *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, the police violated the accused’s right to counsel and manipulated him into giving a full

précédemment. La raison d’être de la protection d’un témoin, même celui qui est inculqué relativement au même crime, s’applique tout autant aux éléments de preuve dont la divulgation est ordonnée en vertu d’une demande de type *McClure*. Le tiers qui fait une déclaration incriminante à son avocat la fait avec l’assurance qu’elle ne sera pas ultérieurement utilisée contre lui. Si sa divulgation est par la suite ordonnée à cause d’une demande de type *McClure*, le tiers aura été, indirectement, contraint de témoigner contre lui-même. Même si cette contrainte n’a pas la même nature « contradictoire » que dans les situations où les policiers ou la poursuite obligent directement l’accusé à s’incriminer, l’ordonnance rendue par un juge en réponse à une demande de type *McClure* suppose un degré comparable de « contrainte » de la part de l’État. Par conséquent, le détenteur du privilège devrait recevoir les mêmes protections garanties par la *Charte* que s’il avait été contraint de témoigner, à savoir l’immunité contre l’utilisation de la preuve et l’immunité contre la preuve dérivée.

Cela implique que les communications du détenteur du privilège et tous les éléments de preuve qui en dérivent ne peuvent être utilisés ultérieurement dans une poursuite contre lui. Toutefois, je ne suis pas d’accord avec l’intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada pour dire qu’il faut qualifier de preuve dérivée tout renseignement découvert lors d’une enquête ultérieure. L’intervenante a fait valoir que, comme la poursuite contre Benson risque de ne jamais être rouverte n’eût été la divulgation de ses communications protégées, tout renseignement découvert après cette divulgation constitue nécessairement une preuve dérivée. Cet argument va trop loin et a comme effet, en pratique, d’étendre au détenteur du privilège l’immunité à l’égard d’une affaire donnée, que nous analyserons et rejetterons plus loin. Pour être qualifiée de preuve dérivée, la preuve doit avoir un lien plus tangible avec la preuve auto-incriminante, comme l’indique l’analyse du juge Cory dans *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, par. 99-102.

Ainsi, dans *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, la police a violé le droit de l’accusé à l’assistance d’un avocat et a manipulé l’accusé pour

confession to a murder, including a description of where the murder weapon could be found. This Court found that the subsequent seizure of the weapon was derived from the improperly scripted statement, and the evidence was excluded under s. 24(2) of the *Charter*. There was a clear and tangible connection between the self-incriminating statement and the discovery of the murder weapon. In the case of *McClure* applications, derivative use immunity covers evidence derived from the communications, not from the fact that they were disclosed.

102

Use and derivative use immunity should prohibit the Crown both from using the communications as direct evidence against the privilege holder and from using the communications to impeach the privilege holder if and when he is himself an accused. The necessity for this latter protection was described by Sopinka J. at para. 34 of *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660:

The effect on the repute of the administration of justice is to be assessed by reference to the standard of the reasonable, well-informed citizen who represents community values. The effect of destroying the credibility of an accused who takes the stand in his or her defence using evidence obtained from the mouth of the accused in breach of his or her *Charter* rights will usually have the same effect as use of the same evidence when adduced by the Crown in its case in chief for the purpose of incrimination.

In my view, the case for protection from impeachment is especially strong in cases arising out of a *McClure* application. Our justice system cannot endorse the impeachment of an accused by means of communications which would otherwise have been completely protected by solicitor-client privilege.

103

However, that does not mean that the disclosure of privileged information under a *McClure* application should give rise to so-called “transactional” immunity (i.e., immunity from any future criminal prosecution for the crimes which are the subject of the solicitor-client communications). Such an extension of immunity would provide protection to the

l’amener à faire un aveu complet de meurtre, notamment à décrire l’endroit où on pourrait trouver l’arme du crime. La Cour a conclu que la saisie subséquente de l’arme résultait d’une déclaration irrégulièrement obtenue par mobilisation de l’accusé contre lui-même, et la preuve a été exclue en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Il existait un lien clair et tangible entre la déclaration auto-incriminante et la découverte de l’arme du meurtre. Dans le cas des demandes de type *McClure*, l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée couvre la preuve dérivée des communications, non du fait qu’elles ont été divulguées.

L’immunité contre l’utilisation de la preuve et celle contre la preuve dérivée interdisent au ministère public d’utiliser les communications comme preuve directe contre le détenteur du privilège et de les utiliser pour attaquer sa crédibilité s’il est lui-même l’accusé. Le juge Sopinka a expliqué la nécessité de cette dernière protection au par. 34 de *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660 :

L’effet sur la considération dont jouit l’administration de la justice se juge par référence à la norme du citoyen raisonnable et bien informé qui représente les valeurs de la communauté. L’anéantissement de la crédibilité du témoignage de l’accusé au moyen de déclarations tirées de lui en violation des droits qu’il tient de la *Charte*, aura normalement le même effet que l’utilisation des mêmes déclarations dans la preuve principale du ministère public pour l’incriminer.

À mon avis, les arguments en faveur de la protection contre l’attaque de la crédibilité sont particulièrement solides dans les affaires résultant de demandes de type *McClure*. Notre système de justice ne peut sanctionner l’attaque de la crédibilité de l’accusé par des communications qui autrement auraient été entièrement protégées par le secret professionnel de l’avocat.

Toutefois, cela ne veut pas dire que la divulgation de renseignements protégés en vertu d’une demande de type *McClure* doive entraîner l’immunité dite « à l’égard d’une affaire donnée » (c’est-à-dire l’immunité à l’égard de toute poursuite au criminel dans l’avenir pour des crimes qui sont l’objet des communications entre l’avocat et son client). Un tel

privilege holder that he would never have had, but for the accused's *McClure* application. While I am mindful that the invasion of solicitor-client privilege should never be used to incriminate the privilege holder, I am in agreement with the respondent the Attorney General of Ontario that the clear need for use and derivative use immunity does not support absolute immunity for the offence in question. For example, if the Crown is able to uncover evidence entirely independent and not derived from the solicitor-client communications, it should be permitted to raise that evidence against the privilege holder in a subsequent prosecution. To hold otherwise would be to give effect to the "immunity baths" that plagued the American experience with transactional immunity under the Fifth Amendment; see M. Berger, *Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination* (1980), at p. 70. More importantly, it would unnecessarily compromise the public interest in bringing criminals to justice.

Further, there is a possible, if slight, potential that the extension of transactional immunity in such cases would allow co-conspirators to manipulate the justice system. If one of them were charged, the other could confess to counsel. The accused could then make a *McClure* application and use the privileged confession to raise a reasonable doubt about his own guilt. At the same time, the privilege-holding co-conspirator would become immune from any future prosecution for that offence. In my view, the extension of immunity to privilege holders should not go so far as to frustrate the Crown's ability to prosecute the offence.

#### VII. Procedural Remarks

This appeal, like *McClure* before it, comes directly to the Supreme Court of Canada without the benefit of its being considered by the Ontario Court of Appeal.

élargissement de l'immunité offrirait au détenteur du privilège une protection qui ne lui aurait jamais été offerte, n'eût été la demande de type *McClure* présentée par l'accusé. Je suis conscient que la levée du secret professionnel ne devrait jamais être utilisée pour incriminer le détenteur du privilège, mais je conviens avec l'intimé le procureur général de l'Ontario que la nécessité évidente de l'immunité contre l'utilisation de la preuve et de l'immunité contre la preuve dérivée ne justifie pas l'immunité absolue à l'égard de l'infraction en question. Ainsi, si le ministère public est capable de découvrir des éléments de preuve qui sont tout à fait indépendants et qui ne sont pas dérivés des communications entre l'avocat et son client, il devrait pouvoir les invoquer contre le détenteur du privilège dans une poursuite subséquente. Toute conclusion contraire ouvrirait la voie aux « sphères d'immunité » dont l'expérience américaine a souffert avec l'immunité à l'égard d'une affaire donnée suivant le Cinquième amendement; voir M. Berger, *Taking the Fifth : The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination* (1980), p. 70. Qui plus est, cela compromettrait inutilement l'intérêt public qui commande que les criminels soient traduits en justice.

En outre, il existe une possibilité, même infime, que l'élargissement de l'immunité à l'égard d'une affaire donnée dans ce genre de dossier permette à des cocomploteurs de manipuler le système de justice. Si l'un d'eux était inculpé, l'autre pourrait faire des aveux à leur avocat. L'accusé pourrait ensuite présenter une demande de type *McClure* et utiliser l'aveu protégé par le secret professionnel pour susciter un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Du même coup, le cocomploteur détenteur du privilège serait à l'abri de toute poursuite ultérieure à l'égard de cette infraction. À mon avis, l'élargissement de l'immunité aux détenteurs du privilège ne devrait pas aller jusqu'à empêcher le ministère public de poursuivre l'auteur d'une infraction.

#### VII. Remarques concernant la procédure

Le présent pourvoi, comme l'affaire *McClure* qui l'a précédé, est parvenu directement à la Cour suprême du Canada sans avoir eu l'avantage d'être examiné par la Cour d'appel de l'Ontario.

106 In this respect, this appeal follows the path of *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; and *R. v. Mentuck*, [2001] 3 S.C.R. 442, 2001 SCC 76.

107 Sections 674 and 675 of the *Criminal Code* provide the procedures for appeals to the intermediate courts of appeal of the provinces, but are limited so as to exclude the ability of those courts to consider appeals from interlocutory orders.

108 The third party appellant, in this case Benson, could not appeal the interlocutory order for production of his privileged communications, whether or not a party to the criminal trial. Instead, he was required to bring an application directly to this Court under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, for leave to appeal the final order requiring production of his solicitor-client communications.

109 The administration of justice would greatly benefit if the jurisdiction of the provincial appellate courts were broadened to permit parties the easier access to those courts. The Supreme Court of Canada would also have the fuller record, and valuable input, of the provincial courts of appeal if further appeals to this Court were taken.

110 This anomaly in the *Criminal Code* is an unnecessary encumbrance and its serious defects have been repeatedly noted by this Court with the accompanying request for legislative amendment by Parliament. That request is made here once again, in the strongest possible terms.

#### VIII. Disposition

111 The appeal is allowed and the order for production by Dambrot J. is set aside.

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

112 ARBOUR J. — Solicitor-client privilege is fundamental to the Canadian justice system and is one of

À cet égard, le présent pourvoi suit la voie empruntée dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; et *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, 2001 CSC 76.

Les articles 674 et 675 du *Code criminel* prescrivent les procédures à suivre pour se pourvoir en appel devant les cours d'appel provinciales intermédiaires, mais ils sont conçus de manière à exclure la compétence de ces cours en matière d'appels d'ordonnances interlocutoires.

Le tiers appellant, Benson en l'espèce, ne pouvait interjeter appel de l'ordonnance interlocutoire lui enjoignant de déposer ses communications protégées, qu'il soit ou non partie au procès criminel. Au lieu de cela, il a dû présenter directement devant la Cour au titre du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, une demande d'autorisation d'appel contre l'ordonnance finale qui l'obligeait à produire ses communications avec son avocat.

L'administration de la justice serait beaucoup mieux servie si la compétence des tribunaux d'appel provinciaux était élargie de manière à faciliter aux parties l'accès à ces tribunaux. La Cour suprême du Canada pourrait également disposer du dossier plus complet et du précieux apport des tribunaux d'appel provinciaux si leurs décisions étaient portées en appel devant la Cour.

Cette anomalie du *Code criminel* représente un fardeau inutile et la Cour a déjà à maintes reprises souligné ces graves lacunes tout en demandant au législateur d'adopter une modification législative. La Cour réitère ici, une fois de plus, avec insistance cette demande.

#### VIII. Dispositif

Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de production rendue par le juge Dambrot est annulée.

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

LE JUGE ARBOUR — Le privilège du secret professionnel de l'avocat revêt une importance

our most entrenched exclusionary rules of evidence. As *R. v. McClure*, [2001] 1 S.C.R. 445, 2001 SCC 14, makes clear, the circumstances in which solicitor-client privilege will yield are rare and should only be as a last resort when the innocence of an accused is at stake.

Although I agree entirely with my colleague Justice Major's analysis and disposition of this appeal, I wish to elaborate on an issue that will be important in future *McClure* applications. The issue is not squarely raised in this case and I would normally refrain from dealing with it in any detail. However, the deficiencies in access to appellate review that my colleague has exposed present an exceptional case. I believe that additional guidance must come from this Court when trial judges are required to address new and difficult issues without the benefit of the guidance and supervision of provincial appellate courts. In the same way, it is not realistic to expect that this Court could and should routinely exercise the functions of an intermediate appeal court. For those reasons, I think we must anticipate one of the inevitable difficulties that trial judges are likely to experience in this field, as clearly revealed on this record.

Central to Dambrot J.'s ruling in this case was his obvious concern that the evidence of Robertson regarding Benson's confession may not be admissible. He said ([2001] O.J. No. 3408 (QL), at para. 7):

Of course, there is much to be said in the circumstances here for a relaxation of the ordinary rules respecting the use of the prior statements, or the admission of them for their truth on the basis of necessity and reliability. Once again, however, the availability and usefulness of these possibilities is undermined by the attack that can be made on the accuracy and reliability of Robertson's account, and the reliability of the confession itself. I do not propose to deal further with the question of the use that can be made of Benson's statements to Robertson, but simply wish to underscore the difficulties faced by the defence.

fondamentale dans le système judiciaire canadien et c'est l'une de nos règles d'exclusion de la preuve les plus sacrées. Comme il ressort clairement de *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, 2001 CSC 14, rares sont les circonstances où ce privilège devra céder le pas, et ce uniquement en dernier recours, lorsque l'innocence de l'accusé est en jeu.

Je souscris entièrement à l'analyse de mon collègue le juge Major et disposerais du pourvoi comme il le fait, mais je voudrais ajouter quelques commentaires sur une question qui sera importante dans les futures demandes de type *McClure*. La question ne se posant pas directement en l'espèce, je m'abstiendrais normalement d'en traiter en détail. Toutefois, les lacunes qu'a signalées mon collègue quant à l'accès à la révision en appel posent un problème exceptionnel. Lorsque les juges du procès sont appelés à trancher des questions inédites et complexes, sans pouvoir bénéficier de l'assistance et de la supervision des tribunaux d'appel provinciaux, j'estime que la Cour se doit de fournir des indications plus élaborées. Par ailleurs, il est irréaliste de s'attendre à ce que la Cour puisse exercer régulièrement les fonctions de tribunal d'appel intermédiaire. Pour ces motifs, j'estime qu'il nous faut anticiper l'une des difficultés que connaîtront inévitablement les juges du procès dans ce domaine, comme le démontre clairement le présent dossier.

Le juge Dambrot craignait de toute évidence que le témoignage de Robertson concernant l'aveu de Benson ne soit pas admissible en preuve et cette préoccupation a été déterminante dans sa décision ([2001] O.J. No. 3408 (QL), par. 7) :

[TRADUCTION] Naturellement, de nombreux arguments militent, dans les circonstances, en faveur d'un assouplissement des règles ordinaires touchant l'utilisation des déclarations antérieures, ou leur admission comme preuve de leur véracité sur la base de la nécessité et de la fiabilité. Encore là, toutefois, ces possibilités sont compromises par l'attaque susceptible d'être portée contre l'exactitude et la fiabilité du récit de Robertson, ainsi que contre la fiabilité de l'aveu lui-même. Je n'ai pas l'intention de m'étendre davantage sur la question de l'utilisation pouvant être faite des déclarations de Benson à Robertson, mais je voulais simplement signaler les difficultés auxquelles se heurte la défense.

113

114

- 115 In contemplating the admissibility of Donna Robertson's testimony as another source of information regarding Benson's confession, my colleague stresses that inadmissibility should not be a foregone conclusion (para. 43). He suggests that her testimony may potentially be admissible under an exception to the hearsay rule. In this regard he cites Martin J.A. for the Ontario Court of Appeal in *R. v. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321, for the suggestion that a court has the discretion to relax strict rules of evidence in favour of the accused where it is necessary to prevent a miscarriage of justice. It is this issue that I wish to elaborate upon.
- 116 The idea that courts maintain the discretion to relax the rules of evidence when an accused's innocence is at stake has its roots in *Williams*. In that case, Martin J.A. held that an accused's right to make full answer and defence must comply with established rules respecting the admission of evidence (*Williams*, at p. 337; see also *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, at p. 1515). Martin J.A. did, however, go on to state that the court had a residual discretion to relax strict rules of evidence in favour of the accused when necessary to prevent a miscarriage of justice (p. 343). Support for this proposition, as expressed in *Williams*, is also found in the Ontario Court of Appeal decisions of *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, at p. 57, and *R. v. Finta* (1992), 73 C.C.C. (3d) 65, at pp. 201-2, aff'd [1994] 1 S.C.R. 701, as well as in this Court's decision in *Finta*, at p. 854.
- 117 *Williams* was written prior to this Court's decision in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, in which the principled approach to hearsay was established, focussing on necessity and indicia of reliability as the criteria for admitting hearsay evidence. The rule in *Khan* does not address the need expressed in *Williams* for a relaxation of rules of exclusion when innocence is at stake. Logic, principle and policy dictate that if one of the most stringent exclusionary rules, the solicitor-client privilege, is to yield to concerns about convicting an innocent person, other
- En examinant la question de l'admissibilité du témoignage de Donna Robertson comme autre source de renseignements sur l'aveu de Benson, mon collègue souligne qu'il n'y a pas lieu de tenir l'inadmissibilité pour acquise (par. 43). Il indique que son témoignage est potentiellement admissible en vertu d'une exception à la règle d'exclusion du oui-dire. À cet égard, il cite les propos du juge Martin, de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321, à l'appui de la proposition voulant que le tribunal ait le pouvoir discrétionnaire d'assouplir en faveur de l'accusé des règles de preuve strictes lorsque cela est nécessaire pour éviter une erreur judiciaire. C'est sur ce point que je voudrais apporter des précisions.
- L'idée que les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire d'assouplir les règles de preuve lorsque l'innocence de l'accusé est en jeu puise son origine dans *Williams*. Dans cet arrêt, le juge Martin a statué que le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière devait s'exercer dans le respect des règles régissant l'admission de la preuve (*Williams*, p. 337; voir également *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, p. 1515). Le juge Martin a toutefois effectivement ajouté que le tribunal avait le pouvoir discrétionnaire résiduel d'assouplir des règles de preuve strictes en faveur de l'accusé lorsque cela est nécessaire pour éviter une erreur judiciaire (p. 343). La thèse ainsi exprimée dans *Williams* trouve également appui dans les arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1, p. 57, et *R. c. Finta* (1992), 73 C.C.C. (3d) 65, p. 201-202, conf. par [1994] 1 R.C.S. 701, ainsi que dans l'arrêt *Finta* de la Cour, p. 854.
- L'arrêt *Williams* a été rendu avant *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, où, pour ce qui est de la question du oui-dire, la Cour a adopté une méthode fondée sur des principes et axée sur la nécessité et les indices de fiabilité comme critères d'admission de la preuve par oui-dire. La règle de l'arrêt *Khan* ne traite pas du besoin exprimé dans *Williams* d'assouplir les règles d'exclusion lorsque l'innocence est en jeu. Or, la logique, les principes et les considérations d'intérêt public dictent que si l'une des règles d'exclusion les plus rigoureuses, soit le privilège du



exclusionary rules, such as the hearsay rule, should yield first. In the context of a *McClure* application, the interests of justice will be better served by relaxing other exclusionary rules when innocence is at stake so as to avoid having to infringe on privileged communications between a lawyer and his client.

The evidence of Donna Robertson regarding Benson's confession will only be of assistance to the accused in this case if it is admissible for the truth of its content, whether it is tendered as a prior inconsistent statement if Benson testifies and denies the allegation, or as a self-standing piece of exculpatory evidence. When the alternative is to infringe the solicitor-client privilege, the *Khan* line of authority, as well as *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, should be distinguished to recognize the imperatives of putting before the jury information that, if believed, would entirely exonerate the accused who otherwise is at risk of facing an unjustified conviction.

The same concerns that animate the rule in *McClure*, and that have led to the creation of an exception to one of our most stringent exclusionary rules, should also inform the application of other, less critical rules of evidence by which information is withheld from the jury. In the case of hearsay, threshold concerns about necessity and reliability, which reflect issues of fairness to the opponent in the adversary system, should be weighed against the dangers of convicting an innocent person and the undesirability of intruding into confidences made to a solicitor.

I would therefore suggest that in the course of *McClure* applications, trial judges should examine all alternatives to infringing the privilege in the same spirit and with the same flexibility as the policy considerations that led to the creation of the *McClure* rule in the first place.

secret professionnel de l'avocat, doit céder le pas devant la crainte de condamner un innocent, alors d'autres règles d'exclusion, comme celle de l'exclusion du oui-dire, devraient d'abord céder le pas. Dans le contexte d'une demande de type *McClure*, on servira mieux les intérêts de la justice en assouplissant d'autres règles d'exclusion lorsque l'innocence est en jeu qu'en levant le secret des communications entre un avocat et son client.

Le témoignage de Donna Robertson concernant l'aveu de Benson ne sera de quelque secours pour l'accusé en l'espèce que s'il est admissible comme preuve de la véracité de son contenu, qu'on le présente comme déclaration antérieure incompatible dans le cas où Benson témoigne et nie l'allégation, ou comme élément indépendant de preuve disculpatoire. Lorsque la solution subsidiaire est de lever le secret professionnel de l'avocat, il convient de faire une distinction d'avec la jurisprudence établie par *Khan* ainsi que d'avec *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740. En effet, il faut reconnaître l'impératif de présenter au jury des renseignements qui, s'ils sont crus, exonéreraient entièrement l'accusé, lequel s'expose sinon à une déclaration de culpabilité injustifiée.

Les préoccupations qui sous-tendent la règle établie dans *McClure* et qui ont conduit à la création d'une exception à l'une de nos règles d'exclusion les plus rigoureuses devraient également présider à l'application d'autres règles de preuve moins cruciales en vertu desquelles des renseignements sont soustraits au jury. Dans le cas du oui-dire, les considérations relatives à la nécessité et à la fiabilité, qui traduisent le souci d'équité envers la partie adverse dans le système contradictoire, devraient être pondérées avec les dangers de condamner un innocent et l'ingérence indésirable dans les confidences faites à un avocat.

Je recommanderais donc que, dans le cadre des demandes de type *McClure*, les juges du procès examinent toutes les solutions de rechange à la levée du privilège dans le même esprit et avec la même souplesse que les considérations d'intérêt public qui ont présidé à la création de la règle énoncée dans cet arrêt.

118

119

120

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Richard G. Litkowski, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Jason D. Brown: Rosen, Wasser, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Her Majesty the Queen: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Solicitor for the interveners Todd Ducharme and Peter Copeland: Anil K. Kapoor, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Skurka & Pringle, Toronto.*

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelant : Richard G. Litkowski, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé Jason D. Brown : Rosen, Wasser, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine : Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Ruby & Edwardh, Toronto.*

*Procureur des intervenants Todd Ducharme et Peter Copeland : Anil K. Kapoor, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Skurka & Pringle, Toronto.*