

Pierre Potvin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General for Ontario *Interveners*

INDEXED AS: R. v. POTVIN

File No.: 20116.

1988: October 6; 1989: March 23.

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

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

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

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

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

Pierre Potvin *Appellant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

^a
et

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

^b RÉPERTORIÉ: R. c. POTVIN

N° du greffe: 20116.

1988: 6 octobre; 1989: 23 mars.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

In other respects, there was agreement with their colleagues.

Cases Cited

By Wilson J.

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

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

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

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

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

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson

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

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

By La Forest J.

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

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

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

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

Citée par le juge La Forest

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

f Lois et règlements cités

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

Doctrines citées

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

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

Alain Dumas and Line Boivin, for the appellant.

Michel Parent, for the respondent.

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

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

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

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

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

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

Alain Dumas et Line Boivin, pour l'appellant.

b *Michel Parent*, pour l'intimée.

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

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

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

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

f L'article 643, suivant mon interprétation, ne vise pas directement le ministère public ou le juge bien qu'il ait évidemment des conséquences sur leur façon de s'acquitter de leurs obligations. La disposition vise un certain type de preuves. Elle les rend
g admissibles. Les parties peuvent donc l'invoquer au procès si elles le souhaitent. Toutefois cette disposition ne prévoit pas que le témoignage antérieurement recueilli sera admis; elle prévoit plutôt qu'il
h pourra être lu à titre de preuve. Cela permet l'application des principes ordinaires du droit de la preuve, y compris l'application de la règle selon laquelle le juge du procès peut écarter une preuve admissible si son effet préjudiciable l'emporte
i substantiellement sur sa valeur probante; voir l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, aux pp. 729 à 736; voir également *R. v. Tretter* (1974), 18 C.C.C. (2d) 82. L'arrêt le plus souvent cité à l'appui du pouvoir discrétionnaire d'écarter une
j preuve est *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272, où il est mentionné dans une opinion incidente du juge Martland aux pp. 292 et 293, mais il s'agit simple-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. The Facts

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

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

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

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

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

I. Les faits

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

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

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

II. Legislation

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

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

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

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

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

II. Les dispositions législatives

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

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

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

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

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

4. ...

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

The relevant sections of the *Charter* provide:

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

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

11. Any person charged with an offence has the right

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

III. The Judgments Below

Quebec Superior Court

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

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

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

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

4. ...

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

Les articles pertinents de la *Charte* prévoient:

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

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

11. Tout inculpé a le droit:

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

III. Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

La Cour supérieure du Québec

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The appellant was found guilty of second degree murder.

Quebec Court of Appeal

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

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

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

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

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

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

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

La Cour d'appel du Québec

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

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

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

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

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

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

IV. The Issues

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

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

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

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

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

IV. Les questions en litige

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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