

Her Majesty The Queen *Appellant***Sa Majesté la Reine** *Appelante*

v.

c.

K.G.B. *Respondent*^a **K.G.B.** *Intimé*

INDEXED AS: R. v. B. (K.G.)

RÉPERTORIÉ: R. c. B. (K.G.)

File No.: 22351.

^b N° du greffe: 22351.

1992: October 8; 1993: February 25.

1992: 8 octobre; 1993: 25 février.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

Criminal law — Evidence — Prior inconsistent statements — Admissibility — Witnesses' videotaped statements to police implicating accused as the murderer — Witnesses recanting statements at trial — Whether prior inconsistent statements admissible as evidence of the truth of their contents — Whether common law rule as to use of prior inconsistent statements should be changed — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 9.

Courts — Stare decisis — Supreme Court of Canada — Prior inconsistent statements admissible only to impeach witness's credibility — Whether common law rule as to use of prior inconsistent statements should be changed — If so, whether change to be made by Parliament rather than the courts.

The accused and three of his friends were involved in a fight with two men. In the course of the fight, one of the youths pulled a knife and stabbed one of the men in the chest and killed him. The four youths immediately fled the scene. About two weeks later, the accused's friends were interviewed separately by the police. Each was accompanied by a parent and in one case by a lawyer and each was advised of his right to counsel. It was also made clear that they were under no obligation to answer the questions and that they were not "at this time" charged with any offence. With the youths' consent the interviews were videotaped. In their statements, they told the police that the accused had made statements to them in which he acknowledged that he thought he had caused the death of the victim by the use

Droit criminel — Preuve — Déclarations antérieures incompatibles — Admissibilité — Déclarations de témoins aux policiers, enregistrées sur bande vidéo, désignant l'accusé comme le meurtrier — Rétractation des témoins au procès — Les déclarations antérieures incompatibles sont-elles admissibles comme preuve de la véracité de leur contenu? — La règle de common law relative à l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles devrait-elle être modifiée? — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 9.

Tribunaux — Stare decisis — Cour suprême du Canada — Déclarations antérieures incompatibles admissibles seulement pour attaquer la crédibilité du témoin — La règle de common law relative à l'utilisation de déclarations antérieures incompatibles devrait-elle être modifiée? — Dans l'affirmative, cette règle devrait-elle être modifiée par le législateur plutôt que par les tribunaux?

L'accusé et trois de ses amis ont été impliqués dans une bagarre avec deux hommes. Pendant la bagarre, l'un des jeunes gens a brandi un couteau avec lequel il a frappé l'un des hommes à la poitrine et l'a tué. Les quatre jeunes se sont enfuis immédiatement. Environ deux semaines plus tard, les amis de l'accusé ont été interrogés séparément par la police. Chacun d'eux était accompagné de l'un de ses parents et l'un d'eux, d'un avocat, et chacun a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat. On leur a bien fait comprendre qu'ils n'étaient pas obligés de répondre aux questions et qu'aucune accusation n'était portée contre eux «pour l'instant». Avec leur consentement, les interrogatoires ont été enregistrés sur bande vidéo. Dans leurs déclarations, ils ont dit aux policiers que l'accusé avait

of a knife. The accused was charged with second degree murder and tried in Youth Court. At trial, the three youths recanted their earlier statements and, during the Crown's cross-examination pursuant to s. 9 of the *Canada Evidence Act*, they stated they had lied to the police to exculpate themselves from possible involvement. Although the trial judge had no doubt that the recantations were false, the witnesses' prior inconsistent statements could not be tendered as proof that the accused actually made the admissions. Under the traditional common law position, they could only be used to impeach the witnesses' credibility. In the absence of other sufficient identification evidence, the trial judge acquitted the accused and the Court of Appeal upheld the acquittal. Prior to the hearing in this Court, the three witnesses pleaded guilty to perjury as a result of their testimony at trial. In this appeal, the Crown asks this Court to reconsider the common law rule which limits the use of prior inconsistent statements to impeaching the credibility of the witness.

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

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ.: The time has come for the rule limiting the use of prior inconsistent statements to impeaching the credibility of the witness (the "orthodox rule") to be replaced by a new rule recognizing the changed means and methods of proof in modern society. The history of the orthodox rule demonstrates that it has not enjoyed consistent or unqualified support. Considering a change to the orthodox rule is not a matter better left to Parliament; the rule itself is judge-made and lends itself to judicial reform, and it is a natural and incremental progression in the development of the law of hearsay in Canada by this Court. The guidelines which direct this Court's exercise of its jurisdiction to overrule its previous decisions adopting the orthodox rule do not suggest that it should do anything other than what it thinks best in reconsidering the orthodox rule: a reformed rule would not violate the *Charter*, the existing rule has been attenuated by developments in the law of hearsay and is somewhat, if not overly, technical, and reforming the rule would not directly expand the scope of criminal liability.

reconnu, au cours d'une conversation avec eux, qu'il croyait avoir tué la victime avec un couteau. L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré et il a subi un procès devant le tribunal pour adolescents. Au procès, les trois jeunes gens ont rétracté leurs déclarations antérieures et, au cours du contre-interrogatoire mené par le ministère public conformément à l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, ils ont dit qu'ils avaient menti aux policiers pour se disculper. Bien que le juge du procès ait été certain que leur rétractation était fausse, les déclarations antérieures incompatibles des témoins n'ont pu être utilisées pour prouver que l'accusé avait vraiment fait les aveux. Selon la conception traditionnelle en common law, elles ne pouvaient être utilisées que pour attaquer la crédibilité des témoins. En l'absence d'autres éléments de preuve suffisants relativement à l'identification, le juge du procès a acquitté l'accusé, et la Cour d'appel a maintenu l'acquittement. Avant l'audition du présent pourvoi devant notre Cour, les trois témoins ont plaidé coupables à une accusation de parjure en raison de leur témoignage au procès. En l'espèce, le ministère public demande à notre Cour de réexaminer la règle de common law selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne peuvent servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin.

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

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, McLachlin et Iacobucci: Le temps est venu de remplacer la règle selon laquelle les déclarations antérieures incompatibles ne peuvent servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin (la «règle orthodoxe») par une nouvelle règle qui traduise les nouveaux moyens et les nouvelles méthodes de preuve dans la société moderne. L'histoire de la règle orthodoxe démontre qu'elle n'a pas joui d'un appui uniforme et inconditionnel. La modification de la règle orthodoxe n'est pas une question qu'il serait préférable de laisser au législateur; la règle a elle-même été énoncée par les juges et se prête à la réforme judiciaire, et sa modification s'inscrit dans l'évolution naturelle du droit en matière de oui-dire, au Canada, tel qu'établi par notre Cour. Il ne ressort pas des principes directeurs, qui guident notre Cour dans l'exercice de sa compétence pour réformer les arrêts antérieurs dans lesquels elle a adopté la règle orthodoxe, que notre Cour doit faire autre chose que ce qu'elle juge à propos dans le réexamen de la règle orthodoxe: une règle réformée ne porterait pas atteinte à la *Charte*, la règle existante a été atténuée par l'évolution des règles de droit en matière de oui-dire et elle est un peu, voire trop, formaliste, et réformer la règle n'élargirait pas directement la portée de la responsabilité criminelle.

A reformed rule must carefully balance the accused's interests in a criminal trial with the interests of society in seeing justice done. Since the orthodox rule is an incarnation of the hearsay rule, a reformed rule must also deal with the "hearsay dangers" of admitting prior inconsistent statements for the truth of their contents—namely, the absence of an oath or solemn affirmation when the statement was made, the inability of the trier of fact to assess the demeanour, and therefore the credibility, of the declarant when the statement was made, and the lack of contemporaneous cross-examination by the opponent.

Following this Court's decisions in *Khan* and *Smith*, evidence of prior inconsistent statements of a witness other than an accused should be substantively admissible on a principled basis, the governing principles being the reliability of the evidence and its necessity. These criteria, however, must be adapted to the present context. As a threshold matter, the prior inconsistent statements will only be admissible if they would have been admissible as the witness's sole testimony, lest what would be excluded as the witness's primary evidence be admitted under the reformed rule simply because the witness has recanted.

The focus of the inquiry in the case of prior inconsistent statements is on the comparative reliability of the prior statement and the testimony offered at trial. Additional indicia and guarantees of reliability to those outlined in *Khan* and *Smith* must thus be secured in order to bring the prior statement to a comparable standard of reliability before such statements are admitted as substantive evidence. In this context, the absence of an oath and the inability of the trier of fact to assess the declarant's demeanour are the only "hearsay dangers" which present real concerns. The criterion of reliability will therefore be satisfied when the circumstances in which the prior statement was made provide sufficient guarantees of its trustworthiness with respect to these two dangers.

There will be sufficient circumstantial guarantees of reliability to allow the jury to make substantive use of the statement: (1) if the statement is made under oath, solemn affirmation or solemn declaration following an explicit warning to the witness as to the existence of severe criminal sanctions for the making of a false statement; (2) if the statement is videotaped in its entirety; and (3) if the opposing party, whether the Crown or the

La règle réformée doit bien peser les intérêts respectifs de l'accusé dans le procès criminel et de la société dans l'administration de la justice. Puisque la règle orthodoxe est une incarnation de la règle du oui-dire, la nouvelle règle doit également obvier aux «dangers du oui-dire» que comporte l'admission de déclarations antérieures incompatibles comme preuve de leur véracité, soit l'absence de serment ou d'affirmation solennelle au moment où la déclaration a été faite, l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement et, par conséquent, la crédibilité de l'auteur de la déclaration au moment où il l'a faite, et l'absence de contre-interrogatoire par l'adversaire au moment précis où la déclaration a été faite.

La preuve des déclarations antérieures incompatibles d'un témoin, autre que l'accusé, doit être admissible quant au fond, d'après les principes applicables conformément aux arrêts de notre Cour, *Khan* et *Smith*, les principes fondamentaux étant la fiabilité de la preuve et sa nécessité. Ces facteurs doivent toutefois être adaptés au contexte présent. Préalablement, ne seront admissibles que les déclarations antérieures incompatibles qui auraient été admissibles si elles constituaient la seule déposition du témoin, de crainte que ce qui serait écarté, à titre de preuve primaire du témoin, ne soit admis en application de la règle réformée simplement parce que le témoin s'est rétracté.

Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, l'examen est axé sur la fiabilité relative de la déclaration antérieure et du témoignage entendu au procès. Des indices et garanties de fiabilité autres que ceux énoncés dans les arrêts *Khan* et *Smith* doivent donc être prévus afin que la déclaration antérieure soit soumise à une norme de fiabilité comparable avant d'être admise quant au fond. Dans ce contexte, l'absence de serment et l'impossibilité pour le juge des faits d'évaluer le comportement de l'auteur de la déclaration sont les seuls «dangers du oui-dire» qui soient vraiment préoccupants. Par conséquent, on aura satisfait à l'exigence de fiabilité si les circonstances dans lesquelles la déclaration antérieure a été faite fournissent des garanties suffisantes de son exactitude relativement à ces deux dangers du oui-dire.

Il y aura des garanties circonstanciées de fiabilité suffisantes pour que la déclaration soit soumise au jury à titre de preuve de fond (1) si la déclaration est faite sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles après une mise en garde expresse au témoin quant à l'existence de sanctions criminelles sévères à l'égard d'une fausse déclaration, (2) si la déclaration est enregistrée intégralement sur bande vidéo, et (3) si la partie adver-

defence, has a full opportunity to cross-examine the witness at trial respecting the statement. Alternatively, other circumstantial guarantees of reliability may suffice to render such statements substantively admissible, provided that the judge is satisfied that the circumstances provide adequate assurances of reliability in place of those which the hearsay rule traditionally requires. With the oath, solemn affirmation or solemn declaration and the warning, the first "hearsay danger" is satisfied. The witness is clearly made aware of the gravity of the situation and his duty to tell the truth. The presence of an oath, solemn affirmation or solemn declaration also increases the evidentiary value of the statement when it is admitted at trial. The trier of fact will have the opportunity to choose between two sworn statements and will not be asked to accept unsworn testimony over sworn testimony. While it is true that the oath in itself has no power to ensure truthfulness in some witnesses, the fact that both statements were made under oath removes resort to the absence of an oath as an indicium of the alleged unreliability of the prior inconsistent statement. With a videotaped statement, the second "hearsay danger" is also satisfied. The indicia of credibility, and therefore reliability, are available to the trier of fact. Not only does the trier have access to the full range of non-verbal indicia of credibility, but there is also a reproduction of the statement which is fully accurate, eliminating the danger of inaccurate recounting. In a very real sense, the evidence ceases to be hearsay, since the declarant is brought before the trier of fact. Finally, while a cross-examination of the witness at trial does not satisfy entirely the absence of contemporaneous cross-examination, given the other guarantees of trustworthiness, the third "hearsay danger" is not a sufficient reason to exclude the statement from the jury as substantive evidence. The practical difficulties in requiring contemporaneous cross-examination tip the balance in favour of allowing cross-examination at trial to serve as a substitute.

Unavailability is not an indispensable condition of necessity. The criterion of necessity must be given a flexible definition, capable of encompassing diverse situations. In the case of prior inconsistent statements, evidence of the same value cannot be expected from the recanting witness or other sources. Where a sufficient degree of reliability is established, the trier of fact

se—accusation ou défense—a la possibilité voulue de contre-interroger le témoin au sujet de la déclaration. Subsidiairement, il se peut que d'autres garanties circonstancielles de fiabilité suffisent à rendre une telle déclaration admissible quant au fond, à la condition que le juge soit convaincu que les circonstances offrent des garanties suffisantes de fiabilité qui se substituent à celles que la règle du oui-dire exige habituellement. Si la déclaration est faite sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles et que le témoin a été mis en garde, le premier danger du oui-dire est écarté. On fait comprendre au témoin la gravité de la situation et son obligation de dire la vérité. Le serment, l'affirmation ou la déclaration solennelles augmentent également la valeur probante de la déclaration lorsqu'elle est admise au procès. Le juge des faits aura la possibilité de choisir entre deux déclarations faites sous serment, et il n'aura pas à accepter un témoignage qui n'a pas été fait sous serment de préférence à un autre qui l'a été, ou à rendre un verdict fondé sur un témoignage qui n'a pas été fait sous serment. S'il est vrai que le serment en soi n'est pas un gage de vérité quant à certains témoins, le fait que les deux déclarations ont été faites sous serment exclut la possibilité de soutenir que l'absence d'un serment est un indice du prétendu manque de fiabilité de la déclaration antérieure incompatible. La déclaration étant enregistrée sur bande vidéo, le deuxième danger du oui-dire est lui aussi écarté. Le juge des faits dispose des indices de crédibilité, et donc de fiabilité. Non seulement le juge des faits peut constater tous les indices non verbaux de fiabilité, mais encore il peut assister à la reproduction fidèle de la déclaration, ce qui élimine le danger de relation inexacte. D'une manière très concrète, le témoignage cesse d'être du oui-dire, car l'auteur du oui-dire comparaît devant le juge des faits. Enfin, même si le contre-interrogatoire du témoin au procès ne comble pas complètement l'absence d'un contre-interrogatoire au moment de la déclaration, vu les autres garanties de véracité, le troisième danger du oui-dire ne constitue pas une raison suffisante pour ne pas présenter la déclaration au jury comme preuve de fond. Les difficultés d'ordre pratique que pose l'exigence du contre-interrogatoire au moment précis de la déclaration font pencher la balance en faveur de l'acceptation du contre-interrogatoire au procès comme substitut.

La non-disponibilité n'est pas une condition indispensable de la nécessité. Il faut donner au critère de la nécessité une définition souple, capable d'englober différentes situations. Dans le cas des déclarations antérieures incompatibles, on ne peut attendre une preuve de même valeur du témoin qui se rétracte ou d'autres sources. À supposer qu'un degré suffisant de fiabilité

should be allowed to weigh both statements in light of the witness's explanation for the change.

When a party gives notice that it will seek to make substantive use of a prior statement, the trial judge must on the *voir dire* held under s. 9 of the *Canada Evidence Act* satisfy himself that the indicia of reliability necessary to admit hearsay evidence of prior statements are present and genuine. If they are, he must then examine the circumstances under which the statement was obtained, to satisfy himself that the statement supported by the indicia of reliability was made voluntarily if to a person in authority, and that there are no other factors which would tend to bring the administration of justice into disrepute if the statement was admitted as substantive evidence. In most cases, as in this case, the party seeking to admit the prior inconsistent statement as substantive evidence will have to establish that these requirements have been satisfied on a balance of probabilities. The trial judge is not to decide whether the prior inconsistent statement is true, or more reliable than the present testimony, as that is a matter for the trier of fact. Once this process is complete, and all of its constituent elements satisfied, the trial judge need not issue the standard limiting instruction to the jury, but may instead tell the jury that they may take the statement as substantive evidence of its content, or, if he is sitting alone, make substantive use of the statement, giving the evidence the appropriate weight after taking into account all of the circumstances. In either case, the trial judge must direct the trier of fact to consider carefully these circumstances in assessing the credibility of the prior inconsistent statement relative to the witness's testimony at trial. Where the prior statement does not have the necessary circumstantial guarantees of reliability, and so cannot pass the threshold test on the *voir dire*, but the party tendering the prior statement otherwise satisfies the requirements of s. 9(1) or (2) of the *Canada Evidence Act*, the statement may still be tendered into evidence, but the trial judge must instruct the jury in the terms of the orthodox rule.

In this case, while the statements of the recanting witnesses were videotaped, and the accused's counsel had a full opportunity to cross-examine the witnesses at trial, the statements were not made under oath, solemn affirmation or by a solemn declaration. Considering himself bound by the orthodox rule, the trial judge refused to

soit établi, le juge des faits devrait être autorisé à souper les deux déclarations en tenant compte de l'explication que donne le témoin sur ce changement.

Si une partie fait part de son intention de faire admettre la déclaration comme preuve de fond, le juge du procès doit tenir un *voir-dire* conformément à l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada* afin de s'assurer que les indices de fiabilité nécessaires pour l'admission de la preuve par ouï-dire des déclarations antérieures sont présents et authentiques. Dans l'affirmative, il doit alors examiner les circonstances dans lesquelles la déclaration a été obtenue, s'assurer que, si la déclaration étayée par les indices de fiabilité a été faite à une personne en situation d'autorité, elle a été faite volontairement et qu'aucun autre facteur ne serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice si la déclaration était admise comme preuve de fond. Dans la plupart des cas, comme en l'espèce, la partie qui cherche à faire admettre les déclarations antérieures incompatibles comme preuve de fond devra établir, selon la prépondérance des probabilités, que ces conditions ont été remplies. Le juge du procès ne doit pas décider si la déclaration antérieure incompatible est vraie, ni si elle est plus digne de foi que le témoignage actuel, car cette décision revient au juge des faits. Une fois ce processus terminé et que tous ses éléments constitutifs ont été vérifiés, il n'est pas nécessaire que le juge du procès donne au jury la directive restrictive habituelle, mais il peut au lieu de cela dire aux jurés qu'ils peuvent considérer la déclaration comme une preuve de fond de son contenu ou, s'il siège seul, la tenir lui-même pour une preuve au fond, en lui accordant le poids approprié après avoir pris en considération l'ensemble des circonstances. Dans les deux cas, le juge doit donner comme directive au jury d'examiner soigneusement ces circonstances lorsqu'il évalue la crédibilité de la déclaration antérieure incompatible par rapport à la déposition du témoin au procès. Si la déclaration antérieure n'offre pas les garanties circonstancielles de fiabilité nécessaires, et ne satisfait donc pas au critère préliminaire examiné durant le *voir-dire*, mais que la partie qui présente la déclaration antérieure remplit par ailleurs les exigences prévues aux par. 9(1) ou (2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, la déclaration peut tout de même être produite en preuve, mais le juge du procès doit donner des directives au jury en conformité avec la règle orthodoxe.

En l'espèce, bien que les déclarations des témoins qui se sont rétractés aient été enregistrées sur bande vidéo et que l'avocat de l'accusé ait eu la possibilité voulue de contre-interroger les témoins au procès, les déclarations n'ont pas été faites sous serment ou affirmation ou déclaration solennelles. Le juge du procès a refusé d'en-

consider the admissibility of the statements. Given his expressed belief that the witnesses were lying at trial, it is possible that he might have found sufficient indicia of reliability to admit the statements as substantive evidence. A new trial should be ordered at which the reformed rule relating to prior inconsistent statements will, if necessary, be applied by the trial judge, who will decide whether sufficient indicia of reliability and necessity are present in this case, and instruct the trier of fact to afford the prior statements the appropriate weight in reaching a verdict.

Per L'Heureux-Dubé and Cory JJ.: While the rule against the substantive use of prior statements should be changed, the administering of an oath or solemn affirmation should not be regarded as an essential safeguard for ensuring the veracity of a statement. Neither the taking of the oath nor the possibility of imprisonment arising from perjury charges resulting from testimony at trial can in themselves ensure that a witness will tell the truth. It is the reliability that can be placed upon the statement that should determine its admissibility. That reliability will depend on a number of factors, among others, whether the witness giving the statement is subject to criminal prosecution for making a deliberately false statement. The less stringent requirements for prosecution for offences like obstructing justice, fabricating evidence or public mischief, which, unlike perjury, do not require corroboration, and the more frequent prosecutions for these offences would have a better deterrent effect upon those who might be prone to make false statements. A requirement that the police administer an oath to the witness cannot further deter the witness from lying and seems to be superfluous. Liability for these offences does not rest in any way on the oath and a witness cannot be found guilty of perjury arising from a sworn declaration made in the course of a criminal investigation. The absence of the oath should thus not presumptively stand in the way of the admissibility for substantive purposes of a prior inconsistent statement. Although it would be preferable to give a warning to a witness of the possibility of criminal proceedings if that person gives a false statement, it may not be essential to give such a warning in order to render the statement admissible. Canadians are well aware and indeed expect that witnesses who make deliberately false statements to the police would be subject to criminal prosecution.

A videotaped statement with its complete and comprehensive record of the questions posed, the answers given and the demeanour of the witness, will often serve

visager l'admissibilité des déclarations, se considérant lié par la règle orthodoxe. Le juge s'étant dit convaincu que les témoins mentaient au procès, il est possible qu'il aurait pu trouver des indices suffisants de fiabilité pour admettre les déclarations comme preuve de fond. Il y aurait lieu d'ordonner un nouveau procès au cours duquel le juge du procès appliquera, si nécessaire, la nouvelle règle régissant les déclarations antérieures incompatibles, décidera si, en l'espèce, il existe des indices suffisants de fiabilité et de nécessité, et donnera comme directive au juge des faits d'accorder aux déclarations antérieures le poids qu'il convient pour rendre un verdict.

Les juges L'Heureux-Dubé et Cory: Même si la règle interdisant l'utilisation quant au fond des déclarations antérieures doit être revue, le serment ou l'affirmation solennelle ne devraient pas être considérés comme des garanties essentielles de la véracité d'une déclaration. Ni la prestation de serment ni l'éventualité d'un emprisonnement à la suite d'accusations de parjure découlant de son témoignage n'assurent à elles seules que le témoin dira la vérité. Ce qui devrait plutôt en déterminer l'admissibilité c'est sa fiabilité. Cette fiabilité tient à plusieurs facteurs et, entre autres, le fait que l'auteur de la déclaration s'expose ou non à une poursuite criminelle en raison d'une déclaration délibérément fausse. Les conditions moins rigoureuses pour tenter des poursuites et le plus grand nombre de poursuites intentées dans les cas d'entrave à la justice, de fabrication de preuve ou de méfait public (qui, contrairement au parjure, n'exigent pas de corroboration) auraient un effet de dissuasion plus fort sur ceux qui pourraient être enclins à faire de fausses déclarations. Obliger la police à faire prêter serment ne peut pas dissuader davantage le témoin de mentir et semble superflu. La responsabilité dans le cas de ces infractions n'a rien à voir avec le serment et un témoin ne peut être déclaré coupable de parjure pour une déclaration faite sous serment au cours d'une enquête criminelle. L'absence du serment ne devrait donc pas faire naître de présomption d'inadmissibilité quant au fond d'une déclaration antérieure incompatible. Bien qu'il soit préférable d'avertir un témoin qu'il s'expose à des poursuites criminelles s'il fait une fausse déclaration, cette mise en garde n'est pas essentielle à l'admissibilité de la déclaration. Les Canadiens acceptent, et même s'attendent, que les auteurs de déclarations délibérément fausses à la police fassent l'objet de poursuites criminelles.

Parce qu'elle offre un enregistrement complet et intégral des questions posées, des réponses données et du comportement du témoin, la déclaration sur bande vidéo

as a complete answer to the issues of reliability and voluntariness of the statement. It is not essential, however, that a statement be videotaped in order to be admissible. Where a complete and comprehensive record of the statement is preserved together with satisfactory evidence of the circumstances of the interview and the demeanour of the witness all the requirements on this count will be met. If the prior statement, while not videotaped, meets all the criteria of reliability it should be admissible.

While at the time the statement was made the witness was not subjected to the rigours of cross-examination, if the prior statement is ruled admissible then the witness will be subject to cross-examination at trial where the trier of fact will be able to study the witness's demeanour throughout his testimony and to assess what weight, if any, should be attached to all the evidence of the witness including the prior statement. The opposing party, whether the Crown or the defence, will also be able to explore the witness's reasons for the court room recantation and the veracity of his testimony.

A prior inconsistent statement should be admitted for all purposes if upon a *voir dire* the trial judge is satisfied beyond a reasonable doubt that the following conditions are met: (1) the evidence contained in the prior statement is such that it would be admissible if given in court; (2) the statement has been made voluntarily by the witness and is not the result of any undue pressure, threats or inducements; (3) the statement was made in circumstances, which viewed objectively would bring home to the witness the importance of telling the truth; (4) that the statement is reliable in that it has been fully and accurately transcribed or recorded; and (5) the statement was made in circumstances that the witness would be liable to criminal prosecution for giving a deliberately false statement.

If at the conclusion of the *voir dire* the prior inconsistent statement is ruled admissible for all purposes then, at some time, the trial judge should advise the jury that, although the statement has been ruled admissible, it is up to them to decide what weight, if any, they should attach to it. In assessing the statement, the jury should take into account all the circumstances in which it was made and should be instructed that they may consider that the statement should be given less weight because it was not subject to cross-examination at the time it was made and because there was not the same opportunity to

résoudra fréquemment les questions de la fiabilité et du caractère volontaire de la déclaration. Toutefois, il n'est pas indispensable que la déclaration soit enregistrée sur bande vidéo pour être admissible. Si un dossier complet et global de la déclaration est conservé, de même qu'une preuve satisfaisante des circonstances entourant l'interrogatoire et du comportement du témoin, toutes les conditions à cet égard seront remplies. La déclaration antérieure, même si elle n'a pas été enregistrée sur bande vidéo, devrait être admissible si elle satisfait à tous les critères de fiabilité.

Bien qu'au moment de sa déclaration le témoin n'ait pas été soumis aux rigueurs d'un contre-interrogatoire, si sa déclaration antérieure est jugée admissible, le témoin subira alors un contre-interrogatoire au procès et le juge des faits pourra étudier son comportement tout au long de la déposition et évaluer l'importance qu'il devrait accorder, le cas échéant, à tout le témoignage, y compris la déclaration antérieure. La partie adverse, que ce soit le ministère public ou la défense, sera aussi en mesure d'étudier les raisons de la rétractation en salle d'audience et la véracité de son témoignage.

Une déclaration antérieure incompatible doit être admise à toutes les fins si, après un *voir-dire*, le juge du procès est convaincu hors de tout doute raisonnable que les conditions suivantes sont remplies: (1) la preuve contenue dans la déclaration antérieure serait admissible si celle-ci était faite devant la cour; (2) la déclaration a été faite volontairement par le témoin et elle n'est pas le résultat d'une pression excessive, de menaces ou de promesses de récompenses; (3) la déclaration a été faite dans des circonstances qui, considérées objectivement, feraient bien comprendre au témoin l'importance de dire la vérité; (4) la déclaration est fiable puisqu'elle a été transcrite ou enregistrée intégralement et fidèlement; et (5) la déclaration a été faite alors que le témoin s'exposait à des poursuites criminelles s'il faisait une déclaration délibérément fausse.

Si, à la clôture du *voir-dire*, la déclaration antérieure incompatible est jugée admissible à toutes les fins, le juge du procès devrait, à un certain moment, informer les jurés que, même si la déclaration est jugée admissible, il leur appartient de décider de l'importance à lui accorder. Dans son appréciation de la déclaration, le jury devrait tenir compte de toutes les circonstances qui l'ont entourée et il devrait également savoir qu'il peut décider d'accorder à la déclaration une moins grande importance parce qu'elle n'a pas été soumise à un contre-interrogatoire au moment où elle a été faite et parce

assess the demeanour of the witness as there would have been had the statement been made in court.

In this case, an analysis of the conditions of admissibility indicates that it would be open to a judge conducting a *voir dire* at a new trial to find that the prior inconsistent statements met all the conditions for admissibility.

The *Khan* and *Smith* approach to hearsay evidence provides an alternative justification for changing the interpretation of s. 9 of the *Canada Evidence Act* as long as the threshold tests for reliability set out above are made a part of this approach.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; **not followed:** *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; **considered:** *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588; *R. v. Duckworth* (1916), 26 C.C.C. 314; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; **referred to:** *Attorney General v. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259; *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *State v. Saporen*, 285 N.W. 898 (1939); *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970); *Myers v. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321 (C.A.), leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. xiv; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Omychund v. Barker* (1744), 1 Atk. 21, 26 E.R. 15; *Reference re Truscott*, [1967] S.C.R. 309; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *Khan v. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641; *Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Prosko v. The King* (1922), 63 S.C.R. 226; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640; *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23; *Wright v. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143; *Paramore v. State*, 229 So.2d 855 (1969).

By Cory J.

Not followed: *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; **considered:** *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v.*

qu'il n'a pas eu la même possibilité d'évaluer le comportement du témoin que si la déclaration avait été faite devant la cour.

En l'espèce, l'analyse des conditions d'admissibilité indique qu'il serait loisible au juge qui préside le voir-dire de conclure que les déclarations antérieures incompatibles remplissent toutes les conditions d'admissibilité.

La méthode énoncée dans les arrêts *Khan* et *Smith* pour la preuve par ouï-dire offre une autre justification pour modifier l'interprétation de l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, dans la mesure où les critères préliminaires d'admissibilité énoncés ci-dessus y sont incorporés.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; **arrêt non suivi:** *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; **arrêts examinés:** *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588; *R. c. Duckworth* (1916), 26 C.C.C. 314; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; **arrêts mentionnés:** *Attorney General c. Hitchcock* (1847), 16 L.J. Ex. 259; *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *State c. Saporen*, 285 N.W. 898 (1939); *California c. Green*, 399 U.S. 149 (1970); *Myers c. Director of Public Prosecutions*, [1965] A.C. 1001; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Williams* (1985), 50 O.R. (2d) 321 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. xiv; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Omychund c. Barker* (1744), 1 Atk. 21, 26 E.R. 15; *Reference re Truscott*, [1967] R.C.S. 309; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *Khan c. College of Physicians and Surgeons of Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 641; *Ibrahim c. The King*, [1914] A.C. 599; *Prosko c. The King* (1922), 63 R.C.S. 226; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640; *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *Wright c. Beckett* (1833), 1 M. & Rob. 414, 174 E.R. 143; *Paramore c. State*, 229 So.2d 855 (1969).

Citée par le juge Cory

Arrêt non suivi: *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; **arrêts examinés:** *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531;

Smith, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Boisjoly*, [1972] S.C.R. 42; **referred to**: *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. L.S.L.* (1991), 89 Sask. R. 267; *R. v. Gravelle* (1952), 103 C.C.C. 250; *R. v. MacGillivray* (1971), 3 Nfld. & P.E.I.R. 227; *R. v. Feger* (1989), 36 Q.A.C. 26; *R. v. J.(J.)* (1988), 65 C.R. (3d) 371 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1989] 1 S.C.R. ix; *R. v. Stapleton* (1982), 66 C.C.C. (2d) 231; *R. v. Howard* (1972), 7 C.C.C. (2d) 211; *Lessard v. La Reine*, [1965] Que. Q.B. 631; *R. v. Sevick* (1930), 54 C.C.C. 92; *R. v. Edwards* (1986), 47 Sask. R. 303; *R. v. Verma* (1980), 28 A.R. 233; *R. v. Lindstrom* (1977), 33 N.S.R. (2d) 369; *R. v. Martin* (1969), 12 *Crim. L.Q.* 201; *R. v. Snider* (1953), 17 C.R. 136; *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970); *Di Carlo v. United States*, 6 F.2d 364 (1925); *Gibbons v. State*, 286 S.E.2d 717 (1982); *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297; *Coulombe v. La Reine*, [1976] C.A. 327.

R. c. Smith, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Boisjoly*, [1972] R.C.S. 42; **arrêts mentionnés**: *R. c. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. c. L.S.L.* (1991), 89 Sask. R. 267; *R. c. Gravelle* (1952), 103 C.C.C. 250; *R. c. MacGillivray* (1971), 3 Nfld. & P.E.I.R. 227; *R. c. Feger* (1989), 36 Q.A.C. 26; *R. c. J.(J.)* (1988), 65 C.R. (3d) 371 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. ix; *R. c. Stapleton* (1982), 66 C.C.C. (2d) 231; *R. c. Howard* (1972), 7 C.C.C. (2d) 211; *Lessard c. La Reine*, [1965] B.R. 631; *R. c. Sevick* (1930), 54 C.C.C. 92; *R. c. Edwards* (1986), 47 Sask. R. 303; *R. c. Verma* (1980), 28 A.R. 233; *R. c. Lindstrom* (1977), 33 N.S.R. (2d) 369; *R. c. Martin* (1969), 12 *Crim. L.Q.* 201; *R. c. Snider* (1953), 17 C.R. 136; *California c. Green*, 399 U.S. 149 (1970); *Di Carlo c. United States*, 6 F.2d 364 (1925); *Gibbons c. State*, 286 S.E.2d 717 (1982); *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Pickett* (1975), 28 C.C.C. (2d) 297; *Coulombe c. La Reine*, [1976] C.A. 327.

Statutes and Regulations Cited

Act for the suppression of Voluntary and Extra-Judicial Oaths, S.C. 1874, c. 37.

Act respecting Procedure in Criminal Cases, and other matters relating to Criminal Law, S.C. 1869, c. 29, s. 68.

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 9.

Civil Evidence Act 1968 (U.K.), 1968, c. 64, s. 3(1)(a).

Common Law Procedure Act, 1854 (U.K.), 17 & 18 Vict., c. 125, s. 22.

Constitution of the United States, Sixth Amendment.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 131 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 17], 134 [*idem*], 137, 139(2), 140(1) [*idem*, s. 19].

Criminal Law Amendment Act, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 6.

Criminal Law Amendment Act, 1985, S.C. 1985, c. 19, s. 17.

Federal Rules of Evidence, 28 U.S.C. app., Rule 801(d)(1)(A).

Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 56(2)(c), (d).

Authors Cited

Canada. Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal/Provincial Task Force on the Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswell, 1982.

Lois et règlements cités

Acte concernant la Procédure dans les causes criminelles ainsi que certaines autres matières relatives à la loi criminelle, S.C. 1869, ch. 29, art. 68.

Acte pour la suppression des serments volontaires et extrajudiciaires, S.C. 1874, ch. 37.

Civil Evidence Act 1968 (R.-U.), 1968, ch. 64, art. 3(1)a).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 131 [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 17], 134 [*idem*], 137, 139(2), 140(1) [*idem*, art. 19].

Common Law Procedure Act, 1854 (R.-U.), 17 & 18 Vict., ch. 125, art. 22.

g Constitution des États-Unis, Sixième amendement.

Federal Rules of Evidence, 28 U.S.C. app., règle 801(d)(1)(A).

Loi de 1975 modifiant le droit criminel, S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 6.

Loi de 1985 modifiant le droit pénal, S.C. 1985, ch. 19, art. 17.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 9.

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 56(2)c), d).

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit du Canada. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.

- Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.
- Delisle, Ronald Joseph. "Cross-examination of Own Witness on Previous Inconsistent Statement—s. 9(2) Canada Evidence Act" (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 162.
- Delisle, Ronald Joseph. *Evidence: Principles and Problems*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- Dugdale, D. F. "Against oath-taking", [1985] *N.Z.L.J.* 404.
- Graham, Michael H. "Employing Inconsistent Statements for Impeachment and as Substantive Evidence: A Critical Review and Proposed Amendments of Federal Rules of Evidence 801(d)(1)(A), 613, and 607" (1977), 75 *Mich. L. Rev.* 1565.
- Grant, Alan. "Videotaping Police Questioning: a Canadian Experiment", [1987] *Crim. L.R.* 375.
- Heaton-Armstrong, Anthony, and David Wolchover. "Recording Witness Statements", [1992] *Crim. L.R.* 160.
- Laskin, Bora. "The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada" (1975), 53 *Can. Bar Rev.* 469.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- Miller, Joyce. *The Audio-Visual Taping of Police Interviews With Suspects and Accused Persons by Halton Regional Police Force: An Evaluation*. Ottawa: Law Reform Commission, 1988.
- Morden, John Wilson. "Evidence—Proof of Own Witness's Prior Inconsistent Statement Where "Adverse"—Section 24, Evidence Act (Ont.)" (1962), 40 *Can. Bar Rev.* 96.
- Morgan, Edmund M. "Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept" (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: The Commission, 1976.
- Schiff, Stanley. "The Previous Inconsistent Statement of Opponent's Witness" (1986), 36 *U.T.L.J.* 440.
- Stuesser, Lee. "Admitting Prior Inconsistent Statements For Their Truth" (1992), 71 *Can. Bar Rev.* 48.
- United States. Senate. Senate Report No. 93-1277, 93rd Cong., 2d Sess. (1974), reprinted in [1974] *U.S. Cong. & Adm. News* 7051.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.
- Canada. Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve. *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve*. Cowansville: Yvon Blais, 1983.
- a Delisle, Ronald Joseph. «Cross-examination of Own Witness on Previous Inconsistent Statement—s. 9(2) Canada Evidence Act» (1978-79), 21 *Crim. L.Q.* 162.
- Delisle, Ronald Joseph. *Evidence: Principles and Problems*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1989.
- b Dugdale, D. F. «Against oath-taking», [1985] *N.Z.L.J.* 404.
- Graham, Michael H. «Employing Inconsistent Statements for Impeachment and as Substantive Evidence: A Critical Review and Proposed Amendments of Federal Rules of Evidence 801(d)(1)(A), 613, and 607» (1977), 75 *Mich. L. Rev.* 1565.
- c Grant, Alan. «Videotaping Police Questioning: a Canadian Experiment», [1987] *Crim. L.R.* 375.
- Heaton-Armstrong, Anthony, and David Wolchover. «Recording Witness Statements», [1992] *Crim. L.R.* 160.
- d Laskin, Bora. «The Role and Functions of Final Appellate Courts: The Supreme Court of Canada» (1975), 53 *R. du B. can.* 469.
- e McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 2, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- Miller, Joyce. *L'enregistrement magnétoscopique des interrogatoires des suspects et des accusés par la police régionale de Halton: sommaire d'une évaluation*. Ottawa: Commission de réforme du droit du Canada, 1988.
- f Morden, John Wilson. «Evidence—Proof of Own Witness's Prior Inconsistent Statement Where «Adverse»—Section 24, Evidence Act (Ont.)» (1962), 40 *R. du B. can.* 96.
- g Morgan, Edmund M. «Hearsay Dangers and the Application of the Hearsay Concept» (1948), 62 *Harv. L. Rev.* 177.
- h Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Law of Evidence*. Toronto: La Commission, 1976.
- Schiff, Stanley. «The Previous Inconsistent Statement of Opponent's Witness» (1986), 36 *U.T.L.J.* 440.
- i Stuesser, Lee. «Admitting Prior Inconsistent Statements For Their Truth» (1992), 71 *R. du B. can.* 48.
- United States. Senate. Senate Report No. 93-1277, 93rd Cong., 2d Sess. (1974), reprinted in [1974] *U.S. Cong. & Adm. News* 7051.
- j Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 49 O.A.C. 30, dismissing the Crown's appeal from the accused's acquittal on a charge of second degree murder. Appeal allowed and new trial ordered.

S. Casey Hill and *Scott C. Hutchison*, for the appellant.

Keith E. Wright and *Mary E. Misener*, for the respondent.

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

LAMER C.J.—The issue in this appeal is the substantive admissibility of prior inconsistent statements by a witness other than an accused. The Crown asks this Court to reconsider the common law rule which limits the use of such statements to impeaching the credibility of the witness. In my opinion, the time has come for the orthodox rule to be replaced by a new rule recognizing the changed means and methods of proof in modern society.

I — The Facts

On April 24, 1988, Joseph Wright and his brother Steven got off a bus at an intersection in Scarborough, Ontario. The brothers crossed the street and began walking home. At about the same time, the respondent and three other young men were driving past the same intersection. An argument started between the group in the car and the two men on the street and shortly thereafter a fight occurred. The brothers were unarmed. In the course of the fight one of the four persons from the vehicle pulled a knife, slashing twice at Joseph's face and then stabbing him in the chest. The stab

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 5. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown & Co., 1974.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 49 O.A.C. 30, qui a rejeté l'appel du ministère public contre l'acquittement de l'accusé relativement à une accusation de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

S. Casey Hill et *Scott C. Hutchison*, pour l'appelante.

Keith E. Wright et *Mary E. Misener*, pour l'intimé.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER—La question en litige dans le présent pourvoi est l'admissibilité quant au fond des déclarations antérieures incompatibles d'un témoin autre que l'accusé. Le ministère public demande à notre Cour de réexaminer la règle de common law selon laquelle de telles déclarations ne peuvent servir qu'à attaquer la crédibilité du témoin. À mon avis, le temps est venu de remplacer la règle orthodoxe par une nouvelle règle qui traduise les nouveaux moyens et les nouvelles méthodes de preuve dans la société moderne.

I — Les faits

Le 24 avril 1988, Joseph Wright et son frère Steven descendent d'un autobus à une intersection à Scarborough, en Ontario. Les frères traversent la rue et se dirigent vers leur domicile. À peu près au même moment, l'intimé et trois autres jeunes gens passent en voiture à la même intersection. Une dispute s'élève entre le groupe dans la voiture et les deux hommes à pied et peu après, c'est la bagarre. Les frères ne sont pas armés. Pendant la bagarre, l'une des quatre personnes sorties de la voiture brandit un couteau, balafre le visage de Joseph à deux reprises, puis lui enfonce le couteau dans la

wound to the chest penetrated Joseph's heart and killed him. The four young men then fled the scene.

About two weeks later, the three young men involved with the respondent in the incident were interviewed separately by the police. While the appellant states that the three witnesses approached the police to make their statements, the respondent notes that two of the witnesses testified that they approached the police only after the police came to their homes in connection with the police investigation of the killing, and the third witness testified that it was his mother's idea that he give a statement to the police. Each was accompanied by a parent and in one case by a lawyer and each was advised of his right to counsel. It was also made clear that they were under no obligation to answer questions put to them by the police, and while the police told the witnesses that they were not charged with any offence, the interviewers also added the qualification "at this time" in two of the interviews. With the youths' consent the interviews were videotaped.

In their statements, the three young men told the police that the respondent had made statements to them in which he acknowledged that he thought he had, or had, caused the death of the deceased by the use of a knife. The respondent was charged with second degree murder and he entered a plea of not guilty. Following an unsuccessful attempt by the Crown to have the case transferred to adult court, the respondent's trial commenced before Judge MacDonnell in Youth Court on November 14, 1989.

When called at trial by the Crown, the three young men refused to adopt their earlier statements respecting the admissions made by the respondent. The trial judge allowed the Crown to cross-examine them on their prior statements pursuant to s. 9 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5. They admitted they had made the statements to the police but said that they had lied to the police and that the respondent had not in fact made

poitrine et lui perce le cœur. Joseph meurt. Les quatre jeunes gens s'enfuient.

Environ deux semaines plus tard, les trois jeunes gens impliqués dans l'incident avec l'intimé sont interrogés séparément par la police. Bien que l'appelante affirme que les trois témoins se sont présentés au poste de police pour faire leur déclaration, l'intimé fait remarquer que deux d'entre eux ont témoigné s'être présentés au poste seulement après que les policiers se furent rendus à leur domicile pour enquêter sur l'homicide et que le troisième a témoigné avoir fait une déclaration à la police à la suggestion de sa mère. Chacun d'eux était accompagné de l'un de ses parents et l'un d'eux, d'un avocat, et chacun a été informé de son droit à l'assistance d'un avocat. On leur a bien fait comprendre qu'ils n'étaient pas obligés de répondre aux questions que leur posaient les policiers et, quoique les policiers aient dit aux témoins qu'aucune accusation n'était portée contre eux, au cours de deux des interrogatoires, ceux qui les interrogeaient ont ajouté cette réserve: [TRADUCTION] «pour l'instant». Avec le consentement des jeunes, les interrogatoires ont été enregistrés sur bande vidéo.

Dans leurs déclarations, les trois jeunes gens ont dit aux policiers que l'intimé avait reconnu, au cours d'une conversation avec eux, qu'il croyait avoir tué, ou qu'il avait tué, la victime avec un couteau. L'intimé a été inculpé de meurtre au deuxième degré et il a plaidé non coupable. Après que le ministère public eut tenté sans succès de faire renvoyer la cause devant le tribunal pour adultes, le procès de l'intimé a commencé le 14 novembre 1989 devant le juge MacDonnell du Tribunal pour adolescents.

Témoins à charge, les trois jeunes gens ont refusé de reconnaître leurs déclarations antérieures au sujet des aveux de l'intimé. Le juge du procès a permis au ministère public de les contre-interroger sur leurs déclarations antérieures conformément à l'art. 9 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5. Ils ont admis avoir fait les déclarations à la police, mais ont dit qu'ils avaient menti et qu'en réalité, l'intimé n'avait pas fait les déclara-

the incriminating statements that they had previously attributed to him. Their explanation for having lied to the police was that they did so to exculpate themselves from possible involvement. They claimed to have either forgotten what occurred when the respondent was alleged to have made his inculpatory statements, or to have not heard the respondent.

The trial judge held that the only use that could be made of the prior inconsistent statements of the three witnesses was with respect to their credibility, and that the prior inconsistent statements could not be used as evidence of the truth of the matters stated therein; that is, they could not be tendered as proof that the respondent actually made the admissions. The only other evidence of the identity of the assailant was identification evidence provided by the victim's brother, who identified the accused at trial (in a "dock" identification with little evidential value) and testified as to the appearance of the deceased's assailant. The trial judge found that the dock identification was "naked opinion given 19 months after the event", and that the brother had only a poor opportunity to observe his brother's attacker. Doubts also existed in connection with his latter evidence because of several inconsistencies between elements of his description of the attacker shortly after the incident and elements of his description at trial, including: the type of jacket and pants worn by the assailant, the clothing of the other youths, and the height and weight of the assailant relative to the other youths. At trial, the respondent argues, several other elements of the brother's description did not match the respondent's characteristics, including: the colour of the respondent's skin relative to the other youths, the fact that the assailant held the knife in his right hand while the respondent was described as left-handed by two of the recanting witnesses, whether the assailant wore jewellery, and the colour of the assailant's hair.

As a result of the doubt which existed with respect to the issue of identification, and in the absence of other admissible evidence, the trial judge acquitted the respondent.

rations incriminantes qu'ils lui avaient attribuées. Ils ont expliqué avoir menti aux policiers pour se disculper. Ils ont prétendu qu'ils avaient oublié ce qui s'était passé quand l'intimé leur aurait fait des déclarations incriminantes, ou qu'ils ne l'avaient pas entendu.

Le juge du procès a décidé que les déclarations antérieures incompatibles des trois témoins ne pouvaient servir qu'à attaquer leur crédibilité et qu'elles ne pouvaient être utilisées comme preuve de la véracité de leur contenu; c'est-à-dire qu'elles ne pouvaient pas être utilisées pour prouver que l'intimé avait vraiment fait des aveux. La seule autre preuve de l'identité de l'agresseur était l'identification par le frère de la victime, qui l'a identifié au procès (au banc des accusés, ce qui constitue un élément de preuve de peu de valeur) et a témoigné au sujet de l'apparence de l'agresseur de la victime. Le juge du procès a décidé que cette identification représentait [TRADUCTION] «une simple opinion donnée 19 mois après le fait» et que le témoin n'avait pas eu la possibilité de bien observer l'agresseur de son frère. Son témoignage ultérieur a aussi suscité des doutes parce qu'il comportait plusieurs contradictions entre la description qu'il a faite de l'agresseur peu après l'incident et celle qu'il a faite au procès, notamment quant aux points suivants: le type de blouson et de pantalon de l'agresseur, les vêtements des autres jeunes gens et la taille et le poids de l'agresseur par rapport à ceux des autres. Au dire de l'intimé, plusieurs autres éléments de la description donnée par le frère au procès ne correspondent pas aux caractéristiques de l'intimé, dont ceux-ci: la couleur de la peau de l'intimé par rapport à celle des autres jeunes gens, le fait que l'agresseur tenait le couteau dans sa main droite alors que deux des témoins qui se sont rétractés ont dit que l'intimé était gaucher, la question de savoir si l'agresseur portait des bijoux et la couleur de ses cheveux.

En raison du doute qui existait relativement à l'identification et en l'absence d'autres éléments de preuve admissibles, le juge du procès a acquitté l'intimé.