

David Allan Chaplin and Dale Leonard
Chaplin Appellants

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

The Attorney General of Canada Intervener

INDEXED AS: R. v. CHAPLIN

File No.: 23865.

Hearing and judgment: October 6, 1994.

Reasons delivered: February 23, 1995.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Disclosure — Crown's obligation to make disclosure to defence — Defence informed that accuseds not primary or secondary wiretap targets in this investigation — Defence requesting to be informed of whether or not accuseds primary or secondary targets in wiretaps used in other investigations — Whether accused has right to know if a target in wiretap authorizations unrelated to investigation of current criminal charge — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 187, 189(2), 193, 196.

Appellants requested the provincial prosecutor and the Department of Justice to disclose whether either appellant was named as primary or secondary target in any undisclosed wiretaps during the period 1988 to April 15, 1992. The reply was that there were no provincial wiretap authorizations in effect with respect to this investigation during that time period but both Crowns declined to confirm or deny the existence of any other authorizations. The appellants then applied for an order requiring the Crown to answer the question, which motion proceeded as a *Stinchcombe* application.

David Allan Chaplin et Dale Leonard
Chaplin Appellants

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

Le procureur général du
Canada Intervenant

RÉPERTORIÉ: R. c. CHAPLIN

N° du greffe: 23865.

Audition et jugement: 6 octobre 1994.

Motifs déposés: 23 février 1995.

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

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

Droit criminel — Preuve — Divulgence — Obligation de divulgation incombant au ministère public — Défense informée que les accusés n'étaient pas les cibles principales ou secondaires d'écoute électronique dans le cadre de l'enquête — Défense demandant à savoir si les accusés étaient les cibles principales ou secondaires d'écoute électronique dans d'autres enquêtes — L'accusé a-t-il le droit de savoir s'il est visé par des autorisations d'écoute électronique n'ayant aucun rapport avec l'enquête sur l'accusation portée contre lui? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 187, 189(2), 193, 196.

Les appelants ont demandé au poursuivant provincial et au ministère de la Justice de révéler si l'un d'eux avait été nommé comme cible principale ou secondaire d'écoute électronique non divulguée entre 1988 et le 15 avril 1992. Il leur a été répondu qu'il n'y avait eu aucune autorisation provinciale d'écoute électronique se rapportant à l'enquête pendant cette période, mais les ministères publics ont refusé de confirmer ou de nier l'existence de quelque autre autorisation. Les appelants ont demandé une ordonnance obligeant le ministère public à répondre à la question et leur requête a été entendue comme demande de type *Stinchcombe*.

During the motion, the appellants admitted that they had no evidence to demonstrate the relevance to their defence of the information sought since they had no proof that there had been any wiretap authorizations or that there was derivative evidence obtained from wiretaps relevant to the charges. The appellants argued, however, that once an accused has made a *Stinchcombe* application for disclosure, the onus was on the Crown to justify its refusal to disclose on the basis that the material was clearly irrelevant, or raised public interest privilege.

The motions judge found that the onus in a *Stinchcombe* application was on the Crown and that the appellants were entitled to disclosure of the requested information. As a result of the refusal of the provincial and federal Crowns to comply with the terms of the disclosure order, the appellants applied for and were granted a judicial stay of proceedings respecting the indictment. The Alberta Court of Appeal set aside both the disclosure order and the stay of proceedings, and ordered a new trial. The issue on appeal was whether an accused facing trial on a criminal charge is entitled to know if he or she has been named as a primary or secondary target in any wiretap authorizations unrelated to the investigation of the current criminal charge, obtained in the period from the charges up to the time of trial.

Held: The appeal is dismissed.

The Crown's disclosure obligation is shaped by the principles of fundamental justice included in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, in particular, the right to make full answer and defence. Generally, the Crown must disclose all information, whether inculpatory or exculpatory, except evidence that is beyond the control of the prosecution, clearly irrelevant, or privileged. This obligation requires that the Crown exercise the utmost good faith in determining which information must be disclosed and in providing ongoing disclosure. Failure to comply with this initial and continuing obligation to disclose relevant and non-privileged evidence may result in a stay of proceedings or other redress against the Crown, and may constitute a serious breach of ethical standards.

The Crown's obligation to disclose is not absolute and, while it must err on the side of inclusion, it need

Lors de l'audition de la requête, les appelants ont reconnu ne disposer d'aucune preuve démontrant que les renseignements demandés étaient pertinents relativement à leur défense, car ils ne pouvaient prouver l'existence d'autorisations d'écoute électronique ou d'une preuve dérivée recueillie par ce moyen qui se rapportait aux accusations. Les appelants ont toutefois soutenu que, du moment que l'accusé présente une demande de divulgation de type *Stinchcombe*, il incombe au ministère public de justifier son refus de divulguer en se fondant sur le caractère manifestement non pertinent des renseignements ou sur le privilège de l'intérêt public.

Le juge des requêtes a statué que, dans une demande de type *Stinchcombe*, le ministère public a la charge de la preuve, et que les appelants avaient droit à la divulgation des renseignements demandés. Par suite du refus du ministère public, tant provincial que fédéral, de se conformer aux conditions de l'ordonnance de divulgation, les appelants ont demandé et ont obtenu l'arrêt des procédures relatives à l'acte d'accusation. La Cour d'appel de l'Alberta a annulé l'ordonnance de divulgation et l'arrêt des procédures, et a ordonné un nouveau procès. La question du pourvoi est de savoir si une personne qui doit subir un procès relativement à une accusation criminelle est en droit de savoir si elle a été nommée comme cible principale ou secondaire dans des autorisations d'écoute électronique n'ayant aucun lien avec l'enquête sur ladite accusation, obtenues entre le moment où l'accusation a été portée et le début du procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'obligation de divulgation incombant au ministère public se définit en fonction des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et particulièrement du droit de présenter une défense pleine et entière. D'une manière générale, le ministère public est tenu de divulguer tous renseignements, inculpataires ou disculpatoires, sauf s'il s'agit d'une preuve qui échappe au contrôle de la poursuite, qui est manifestement sans pertinence ou qui fait l'objet d'un privilège. Du fait de cette obligation, le ministère public doit faire preuve de la plus grande bonne foi en déterminant quels renseignements communiquer et en veillant à ce que cette communication se fasse de façon suivie. L'omission de s'acquitter de cette obligation initiale et permanente de divulguer toute preuve pertinente et non privilégiée peut aboutir à un arrêt des procédures ou autre redressement, et peut constituer un manquement grave aux normes éthiques.

L'obligation de divulgation incombant au ministère public n'est pas absolue et, bien que, s'il pêche, ce doive

not produce what is clearly irrelevant. Relevance is determined in relation to its use by the defence. When the Crown alleges that it has discharged its obligation to disclose, an issue may arise as to whether disclosure is complete in two situations, where the defence contends that: (1) identified and existing material ought to have been produced, or that (2) material whose existence is in dispute ought to have been produced.

In the first situation, where the existence of certain information has been identified, the Crown must justify non-disclosure by demonstrating either that the information sought is beyond its control, or that it is clearly irrelevant or privileged. Justification of non-disclosure on the grounds of public interest privilege or other privilege may involve certain special procedures (such as that referred to in s. 37(2) of the *Canada Evidence Act*) to protect the confidentiality of the evidence.

In the second situation, the Crown may dispute the existence of material which is alleged to be relevant. Once the Crown alleges that it has fulfilled its obligation to produce, it cannot be required to justify the non-disclosure of material, the existence of which it is unaware or denies. The defence, therefore, must establish a basis which could enable the presiding judge to conclude that there is in existence further material which is potentially relevant. Relevance means a reasonable possibility of being useful to the accused in making full answer and defence. The existence of the disputed material must be sufficiently identified not only to reveal its nature but also to enable the presiding judge to determine that it may meet the test with respect to material which the Crown is obliged to produce. The matter may often be resolved by oral submissions of counsel without need of a *voir dire*, though *viva voce* evidence and a *voir dire* may be required where the presiding judge cannot resolve the matter on the basis of submissions by counsel. The requirement that the defence provide a basis for its demand for further production serves to preclude speculative and time-consuming disclosure requests, and avoid impeding ongoing criminal investigations.

If the defence establishes a basis for the conclusion that the evidence may exist, the Crown must then justify a continuing refusal to disclose. This obligation is the same as that in first instance. If the matter cannot be

être par inclusion, il n'est pas tenu de produire ce qui n'a manifestement aucune pertinence. La pertinence est déterminée en fonction de l'usage que la défense compte faire des renseignements en question. Lorsque le ministère public prétend s'être acquitté de son obligation de divulgation, il peut y avoir lieu de se demander si la divulgation est complète (1) dans le cas où la défense soutient que des renseignements qui ont été désignés et qui existent auraient dû être produits et (2) dans le cas où elle soutient que des renseignements dont l'existence est contestée auraient dû être produits.

Dans le premier cas, où l'existence de certains renseignements a été établie, le ministère public est tenu de justifier la non-divulgation en démontrant soit qu'il n'en a pas le contrôle soit qu'ils sont manifestement sans pertinence ou privilégiés. La justification de la non-divulgation fondée sur le privilège de l'intérêt public ou un autre type de privilège peut entraîner certaines procédures spéciales (comme celle visée au par. 37(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*), afin de protéger la confidentialité de la preuve en question.

Dans le second cas, le ministère public peut nier l'existence de renseignements que l'on prétend pertinents. Du moment que le ministère public affirme avoir rempli son obligation de produire, on ne peut le contraindre à justifier la non-divulgation de renseignements dont il ignore ou nie l'existence. La défense doit donc établir des motifs sur lesquels le juge qui préside peut se fonder pour conclure à l'existence d'autres renseignements qui sont peut-être pertinents. Par pertinence, il faut entendre qu'il y a possibilité raisonnable que ces renseignements aident l'accusé à présenter une défense pleine et entière. L'existence des renseignements faisant l'objet de contestation doit être assez clairement établie non seulement pour en révéler la nature, mais aussi pour permettre au juge de décider qu'ils pourront satisfaire au critère applicable aux renseignements que le ministère public est tenu de produire. La question peut souvent se régler par les observations orales de l'avocat sans *voir-dire*, quoique la production d'une preuve de vive voix et un *voir-dire* puissent s'imposer lorsque le juge est dans l'impossibilité de régler la question en se fondant sur les observations des avocats. L'obligation pour la défense d'établir un fondement à sa demande de divulgation sert à empêcher des demandes reposant sur la conjecture ou dilatoires, et à éviter que ne soient entravées les enquêtes criminelles en cours.

Dès lors que la défense établit des motifs de conclure à l'existence possible des éléments de preuve demandés, il incombe au ministère public de justifier sa persistance dans la non-divulgation. Cette obligation est identique à

resolved without *viva voce* evidence, the Crown must be afforded an opportunity to call relevant evidence. In cases involving confidential information, it may be appropriate for the trial judge to order a hearing *in camera*, or privately inspect the material in issue, applying procedures such as those set out in s. 37(2) of the *Canada Evidence Act*. In cases involving wiretaps, the procedure for protecting confidential information is dealt with in *R. v. Garofoli*.

Applying the foregoing to this appeal, the accused failed to establish a basis for the existence of wiretap authorizations or evidence derived therefrom which is potentially relevant to making full answer and defence.

Cases Cited

Considered: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; **referred to:** *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Roach* (1985), 23 C.C.C. (3d) 262; *R. v. Simon* (1992), 54 O.A.C. 398; *R. v. Hutter* (1993), 86 C.C.C. (3d) 81; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Desjardins (No. 5)* (1991), 88 Nfld. & P.E.I.R. 149; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 37(2).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 10(b), 11(d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 187 [am. c. 27 (1st Suppl.), s. 24], 189(2) [*idem*, s. 203], 193 [am. c. 30 (4th Suppl.), s. 45], 196 [am. c. 27 (1st Suppl.), s. 28], 625.1(2) [ad. *idem*, s. 127], 691(2)(a).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1993), 145 A.R. 153, 55 W.A.C. 153, 14 Alta. L.R. (3d) 283, 20 C.R.R. (2d) 152, allowing an appeal from a judgment of Veit J. granting a judicial stay of proceedings. Appeal dismissed.

David J. Martin, for the appellants.

Jack Watson, Q.C., for the respondent.

son obligation initiale. Si la question ne peut se régler sans recourir à une preuve de vive voix, il faut donner au ministère public l'occasion de présenter des preuves pertinentes. Dans le cas de renseignements confidentiels, il peut convenir que le juge du procès ordonne le huis clos ou qu'il inspecte lui-même les renseignements en procédant notamment de la façon prévue au par. 37(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Pour les affaires d'écoute électronique, la marche à suivre pour protéger les renseignements confidentiels est exposée dans l'arrêt *R. c. Garofoli*.

Selon les principes ainsi énoncés, les accusés en l'espèce ne sont pas parvenus à établir des motifs de conclusion à l'existence d'autorisations d'écoute électronique ou de preuves en dérivant qui pourraient être pertinentes pour la présentation d'une défense pleine et entière.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; **arrêts mentionnés:** *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Roach* (1985), 23 C.C.C. (3d) 262; *R. c. Simon* (1992), 54 O.A.C. 398; *R. c. Hutter* (1993), 86 C.C.C. (3d) 81; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Desjardins (No. 5)* (1991), 88 Nfld. & P.E.I.R. 149; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 10b), 11d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 187 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 24], 189(2) [*idem*, art. 203], 193 [mod. ch. 30 (4^e suppl.), art. 45], 196 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 28], 625.1(2) [aj. *idem*, art. 127; abr. & rempl. ch. 1 (4^e suppl.), art. 45 (ann. III, n^o 6)], 691(2)a).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1993), 145 A.R. 153, 55 W.A.C. 153, 14 Alta. L.R. (3d) 283, 20 C.R.R. (2d) 152, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Veit, qui avait prononcé l'arrêt des procédures. Pourvoi rejeté.

David J. Martin, pour les appelants.

Jack Watson, c.r., pour l'intimée.

Ronald C. Reimer, for the intervener.

Ronald C. Reimer, pour l'intervenant.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

SOPINKA J. — This appeal concerns the limits of Crown disclosure obligations in criminal prosecutions, flowing from this Court's decision in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and amplifies the procedural structure of disclosure obligations as articulated in *R. v. Stinchcombe*, and subsequent case law. Specifically, the issue is whether an accused facing trial on a criminal charge is entitled to know if he or she has been named as a primary or secondary target in any wiretap authorizations unrelated to the investigation of the current criminal charge, obtained in the period from the charge up to the time of trial.

LE JUGE SOPINKA — Il s'agit en l'espèce de déterminer les limites de l'obligation de divulgation qui incombe au ministère public dans le cadre de poursuites pénales, selon notre arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et d'apporter des précisions concernant le volet procédural de cette obligation formulé dans cet arrêt et dans la jurisprudence subséquente. Plus particulièrement, la question est de savoir si une personne qui doit subir un procès relativement à une accusation criminelle est en droit de savoir si elle a été nommée comme cible principale ou secondaire dans des autorisations d'écoute électronique n'ayant aucun lien avec l'enquête sur ladite accusation, obtenues entre le moment où l'accusation a été portée et le début du procès.

Facts

Pursuant to an indictment, dated July 9, 1991, the appellant, David Allan Chaplin, was charged with 22 counts, and the appellant, Dale Leonard Chaplin, was charged with four counts of break and enter and theft, allegedly committed between 1984 and 1989. The appellants were arrested on these charges in December, 1989, and were free on bail through to the commencement of their trial. The preliminary inquiry into these charges resulted in an order for the appellants to stand trial.

Les faits

Par acte d'accusation daté du 9 juillet 1991, l'appelant David Allan Chapman a été inculpé sous 22 chefs, et l'appelant Dale Leonard Chaplin sous quatre chefs, d'introduction par effraction et de vol, infractions qu'ils auraient commises entre 1984 et 1989. Les appelants ont été arrêtés relativement à ces accusations en décembre 1989, mais mis en liberté sous caution jusqu'au début de leur procès. À la suite de l'enquête préliminaire sur ces mêmes accusations, il a été ordonné que les appelants subissent leur procès.

Since the appellants elected trial by judge and jury, on March 20, 1992, a pre-hearing conference pursuant to s. 625.1(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (ad. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 127), took place. Given the complex evidentiary and constitutional issues raised by the appellants, McDonald J. directed that April 15, 1992 to May 1, 1992 be set aside for the trial judge

Comme les appelants ont choisi d'être jugés par un juge et un jury, une conférence préparatoire a eu lieu, le 20 mars 1992, conformément au par. 625.1(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (aj. L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 127; abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 1 (4^e suppl.), art. 45 (ann. III, n^o 6)). Étant donné la complexité des questions de preuve et des questions constitutionnelles soulevées par les appelants, le juge McDonald a ordonné que la période du 15 avril au 1^{er} mai 1992 soit consacrée à toutes les requêtes et

to deal with all motions and evidentiary matters that could be determined in the absence of the jury.

à toutes les questions de preuve sur lesquelles le juge du procès pouvait statuer en l'absence du jury.

4 Before the hearing commenced, the appellants made a written request to the provincial prosecutor and to the Edmonton office of the Department of Justice, requesting that provincial and federal authorities disclose whether either of the appellants were named as primary or secondary targets in any undisclosed *Criminal Code*, Part VI electronic interceptions during the period 1988 to April 15, 1992.

Avant l'ouverture de l'audience, les appelants ont demandé par écrit au poursuivant provincial et au bureau d'Edmonton du ministère de la Justice que les autorités provinciales et fédérales révèlent si l'un ou l'autre appelant était nommé comme cible principale ou secondaire d'interceptions électroniques non divulguées effectuées en vertu de la partie VI du *Code criminel* entre 1988 et le 15 avril 1992.

5 Counsel representing the provincial and federal governments notified the appellants that:

Les avocats représentant les gouvernements fédéral et provincial ont fait savoir aux appelants:

- (a) there were no provincial wiretap authorizations in effect pertaining to this particular investigation during the time period in question;
- (b) the provincial Crown declined to confirm or deny the existence of any other provincial authorization that may have been in existence during the same time period; and
- (c) the federal Crown refused to confirm or deny the existence of any such authorization during the relevant time period that may have been obtained in relation to matters under federal jurisdiction.

- a) qu'il n'y avait eu aucune autorisation provinciale d'écoute électronique se rapportant à l'enquête en question pendant la période en question;
- b) que le ministère public provincial refusait de confirmer ou de nier l'existence de quelque autre autorisation provinciale qui aurait pu être accordée pour la même période;
- c) que le ministère public fédéral refusait de confirmer ou de nier l'existence, pendant la période en cause, d'une telle autorisation qui aurait pu être obtenue relativement à des affaires relevant de la compétence fédérale.

It is very significant that the Crown disclosed that there were no wiretap authorizations pertaining to the investigation of the charges being tried in the time period in question.

Fait très important, le ministère public a précisé que, pendant la période en question, aucune autorisation d'écoute électronique n'avait été accordée relativement à l'enquête sur les accusations faisant l'objet du procès.

6 As a result of the Crown's refusal, the appellants applied for an order directing the Crown to answer the following question:

À la suite du refus du ministère public, les appelants ont demandé que soit rendue une ordonnance obligeant le ministère public à répondre à la question suivante:

During the period 1988 to April 15, 1992, were we [the appellants] named as either primary or secondary targets of any authorizations to intercept private communications granted in Edmonton or elsewhere in Alberta or in British Columbia?

[TRADUCTION] Au cours de la période de 1988 au 15 avril 1992, étions-nous [les appelants] nommés comme cibles principales ou secondaires dans des autorisations d'intercepter des communications privées accordées à Edmonton ou ailleurs en Alberta ou en Colombie-Britannique?

In their application, the appellants also requested that, if they were in fact named as primary or secondary targets in any such authorizations, the Crown disclose to them the authorizations, the supporting affidavits and documents, the logs, transcripts, records, copies of all recordings, and names and status of each person involved in the surveillance.

After an issue as to presentation of evidence relied upon in support of the application and two adjournments, the application proceeded as a *Stinchcombe* application as to whether the appellants had an absolute right to ask the question and expect an answer. The trial court heard the application on the basis of argument on first principles, and if first principles failed, the parties would be permitted to call evidence to address the issue of whether disclosure was required.

The appellants' reasons for seeking disclosure from the Crown were three-fold:

- (a) to permit them to establish an evidentiary foundation for invoking the exclusionary rule in s. 189(2) of the *Code* dealing with derivative evidence;
- (b) to prepare for cross-examination of witnesses and fully explore the nature of the Crown's case in order to secure their right to a fair hearing as mandated by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and
- (c) to determine whether their constitutionally mandated rights to a fair trial and consultation with counsel in private have been violated by police interception of privileged communications between them and their lawyers contrary to ss. 7, 10(b), and 11(d) of the *Charter*.

The respondent's reasons for refusing disclosure were:

Les appelants ont demandé en outre que, s'ils avaient en fait été nommés comme cibles principales ou secondaires dans une telle autorisation, le ministère public leur communique les autorisations, les affidavits et les documents produits à l'appui, les registres, les transcriptions, les dossiers, copie de tous les enregistrements, ainsi que le nom et la qualité de chaque personne ayant pris part à la surveillance.

Après qu'eut été soulevée une question touchant la présentation de la preuve invoquée à l'appui et après deux ajournements, la demande a été entendue à titre de demande de type *Stinchcombe*, visant à déterminer si les appelants jouissaient d'un droit absolu de poser la question et de recevoir une réponse. Le juge du procès a entendu la requête en demandant que l'argumentation porte d'abord sur les principes fondamentaux. Si cette argumentation n'était pas concluante, il serait permis aux parties de produire des preuves portant sur la question de l'existence d'une obligation de divulgation.

Les raisons pour lesquelles les appelants ont demandé que le ministère public fasse les divulgations en question sont au nombre de trois:

- a) pour leur permettre d'établir une preuve justifiant que soit invoquée la règle d'exclusion énoncée au par. 189(2) du *Code*, qui traite de la preuve dérivée;
- b) pour se préparer en vue du contre-interrogatoire des témoins et examiner à fond la nature de la preuve du ministère public afin que soit respecté leur droit à un procès équitable garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
- c) pour déterminer si l'interception par la police de communications privilégiées entre eux et leurs avocats avait porté atteinte à leurs droits, garantis par la Constitution, de recevoir un procès équitable et de consulter un avocat en privé, violant ainsi l'art. 7 et les al. 10b) et 11d) de la *Charte*.

L'intimée a motivé comme suit son refus de divulguer:

- (a) to answer the question would effectively bar investigating bodies from the use of wiretap authorizations against persons charged with an offence or who may be charged with an offence if the only basis for the demand needs to be speculation without the necessity of showing any nexus between the disclosure sought and the case the accused is facing;
- (b) an answer to the question would not conclude the matter and the question could be raised up to the end of the trial; and
- (c) the circumstances of this case did not clearly trigger any of the provisions of s. 193(2).

The intervener's reasons for objecting to disclosure of the requested information were based on its lack of relevance and on public interest privilege.

9

At the application, the respondent submitted that this was a *Charter* application and consequently that the onus was on the appellants to demonstrate a *Charter* breach. In a *Stinchcombe* application, the initial onus of demonstrating the relevance to their case of the requested information was on the accuseds. The appellants admitted that they had no evidence to demonstrate the relevance to their defence of the information sought since they had no proof that there had been any wiretap authorizations or that there was derivative evidence obtained therefrom relevant to the charges. The appellants argued, however, that once the accused has made a *Stinchcombe* application for disclosure, the onus was on the Crown to justify its refusal to disclose on the basis that the material was clearly irrelevant, or raised public interest privilege.

10

The intervener, who had been brought into the proceedings on the appellants' motion requesting an order for disclosure of federal wiretap investigations, was granted leave to intervene in the Alberta Court of Appeal. The Attorney General of

- a) répondre à la question aurait pour effet d'empêcher les organismes enquêteurs de recourir, dans le cas d'un inculpé ou d'un éventuel inculpé, à des autorisations d'écoute électronique, s'il suffisait que la demande de divulgation soit fondée sur la conjecture, sans qu'il soit besoin d'établir un lien entre la divulgation demandée et la preuve produite contre l'accusé;
- b) répondre à la question ne réglerait pas l'affaire et il serait encore possible de soulever la question jusqu'à la fin du procès;
- c) dans les circonstances de la présente affaire, les dispositions du par. 193(2) ne sont pas clairement applicables.

L'intervenant a fondé son opposition à la divulgation des renseignements demandés sur la non-pertinence et sur le privilège de l'intérêt public.

Lors de l'audition de la demande, l'intimée a fait valoir que, comme il s'agissait d'une demande fondée sur la *Charte*, il incombait aux appelants de prouver la violation de celle-ci. Dans le cas d'une demande de type *Stinchcombe*, c'est l'accusé qui a la charge initiale d'établir la pertinence des renseignements demandés relativement à sa propre preuve. Les appelants en l'espèce ont reconnu ne disposer d'aucune preuve démontrant que les renseignements demandés étaient pertinents relativement à leur défense, car ils n'étaient pas en mesure de prouver que des autorisations d'écoute électronique avaient été accordées ou qu'il existait une preuve dérivée recueillie par ce moyen qui se rapportait aux accusations. Les appelants ont toutefois soutenu que, du moment que l'accusé présente une demande de type *Stinchcombe* en vue d'obtenir la divulgation, c'est au ministère public qu'il incombe de justifier son refus de divulguer fondé sur le caractère manifestement non pertinent des renseignements ou sur le fait qu'ils font entrer en jeu le privilège de l'intérêt public.

L'intervenant qui avait été entraîné dans les procédures relatives à la requête des appelants en ordonnance portant obligation de divulguer les enquêtes fédérales menées par écoute électronique, a reçu l'autorisation d'intervenir en Cour d'appel

1995 CanLII 126 (SCC)

Canada was also granted leave to intervene in this Court.

The respondent's application to quash the appellants' notice of appeal as of right pursuant to s. 691(2)(a), asserting that the judgment of the Alberta Court of Appeal setting aside a stay of proceeding and directing a new trial did not give rise to an appeal as of right, was dismissed by this Court on March 4, 1994.

Judgments Below

Alberta Court of Queen's Bench

On April 21, 1992, Veit J. of the Alberta Court of Queen's Bench ruled that the onus in a *Stinchcombe* application was on the Crown, and that the appellants were entitled to disclosure of the requested information. As a result of the refusal of the provincial and federal Crowns to comply with the terms of the disclosure order, the appellants applied for and were granted on April 29, 1992, a judicial stay of proceedings respecting the indictment.

In making the disclosure order on April 21, 1992, Veit J. held that the onus was on the Crown to provide full disclosure. If the Crown refused full disclosure, the Court had to determine what must be disclosed. She noted that sometimes, the Crown's onus will be easily satisfied, such as where the requested disclosure is outside the knowledge of the prosecutorial authorities, irrelevant to the charge, or subject to a non-disclosure privilege. She also noted that the public policy concerns authorizing interception of confidential communications confront the right of an individual to make full answer and defence. The public policy objective of protecting informants may be achieved by editing disclosures.

de l'Alberta. Il a aussi obtenu l'autorisation d'intervenir devant notre Cour.

Notre Cour a rejeté, le 4 mars 1994, la requête de l'intimée en annulation de l'avis de pourvoi de plein droit déposé par les appelants en vertu de l'al. 691(2)a), dans laquelle elle faisait valoir que l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta annulant l'arrêt des procédures et ordonnant la tenue d'un nouveau procès ne donnait pas lieu à un pourvoi de plein droit.

Les jugements des juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta

Le 21 avril 1992, le juge Veit de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a statué que, dans une demande de type *Stinchcombe*, c'est au ministère public qu'incombe la charge de la preuve, et que les appelants avaient droit à la divulgation des renseignements demandés. Par suite du refus du ministère public, tant provincial que fédéral, de se conformer aux conditions de l'ordonnance de divulgation, les appelants ont demandé et ont obtenu du tribunal, le 29 avril 1992, l'arrêt des procédures relatives à l'acte d'accusation.

En rendant l'ordonnance de divulgation le 21 avril 1992, le juge Veit a conclu que le ministère public était tenu à une divulgation complète. Si le ministère public refusait la divulgation complète, c'était alors au tribunal de décider de ce qui devait être divulgué. Le juge Veit a fait remarquer qu'il est parfois facile de s'acquitter de l'obligation, ce qui est notamment le cas lorsque les renseignements demandés débordent des connaissances de la poursuite, qu'ils n'ont aucune pertinence relative à l'accusation portée ou qu'ils font l'objet d'un privilège de non-divulgaration. Elle a indiqué que les préoccupations de politique générale militant en faveur de l'autorisation de l'interception de communications confidentielles se trouvent opposées au droit d'un individu de présenter une défense pleine et entière. L'objectif de politique générale consistant à protéger les informateurs peut être atteint par la suppression de certaines parties des renseignements demandés.

14

Veit J. held that the Crown had not established that it was impractical for it to answer the question. The question was specific and the answer could easily be given after making necessary internal investigations. She rejected the argument that the accused persons had not established the relevancy of the evidence to their ability to make full answer and defence since such requirement would effectively make the Crown's police witness the arbiter of disclosure. There was *prima facie* relevance to the accuseds' claim given derivative evidence considerations, and potential state interception of solicitor/client communications. The appellants were in a "Catch 22" situation similar to that in *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, unable to prove that the answer to the question would be useful in the same way that those asking for an interception packet to be opened cannot prove that the packet will contain useful information. She rejected the provincial Crown's floodgates concern on the basis that she did not have to resolve the limits of disclosure.

15

After Veit J.'s judgment was delivered, the provincial Crown prosecutor asked to call evidence demonstrating that the answers to the questions sought were irrelevant, prior to the order to answer being made. Veit J. refused to permit the calling of evidence showing that no person involved in the investigation or prosecution had knowledge of any information obtained by virtue of any wiretap investigation of the appellants, holding that such evidence was irrelevant (since the police officers would just state that they did not know of any interception), and unnecessary.

16

After an adjournment, the respondent returned stating that it would not answer the question, rely-

Le juge Veit a conclu que le ministère public n'avait pas établi qu'il n'était pas en mesure de répondre à la question. Celle-ci était précise et la réponse pouvait facilement être donnée après les investigations internes nécessaires. Elle a rejeté l'argument selon lequel les accusés n'avaient pas prouvé la pertinence des éléments de preuve demandés relativement à leur capacité de présenter une défense pleine et entière, car une telle exigence reviendrait en fait à habiliter l'agent de police, témoin du ministère public, à décider s'il y a lieu à divulgation. Les éléments de preuve sollicités étaient à première vue pertinents relativement à la défense des accusés, si l'on prenait en considération la preuve dérivée et la possibilité que l'État ait intercepté des communications entre avocat et client. Les appelants se trouvaient donc dans une situation sans issue analogue à celle de l'affaire *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, c'est-à-dire qu'ils ne pouvaient prouver que la réponse à la question serait utile, pas plus que les personnes qui demandent que soit ouvert un paquet contenant des documents se rapportant à une interception ne peuvent prouver que ce paquet contient des renseignements utiles. Le juge Veit a écarté, au motif qu'elle n'avait pas à statuer sur les limites de l'obligation de divulgation, la crainte du ministère public provincial qu'il n'y ait une avalanche de demandes de divulgation.

À la suite du prononcé du jugement du juge Veit, le ministère public provincial a demandé, avant que ne soit rendue l'ordonnance portant obligation de répondre, à produire des preuves établissant la non-pertinence des réponses sollicitées. Le juge Veit a refusé de permettre que l'on présente des preuves démontrant qu'aucune des personnes participant à l'enquête ou à la poursuite n'était au courant de l'existence de renseignements obtenus dans le cadre d'une enquête sur les appelants menée par écoute électronique, car, a-t-elle conclu, cette preuve n'était ni pertinente (étant donné que les agents de police affirmeraient simplement n'avoir connaissance d'aucune interception) ni nécessaire.

Après un ajournement, l'intimée a dit qu'elle ne répondrait pas à la question, invoquant à ce pro-

ing on: (a) the presumption of regularity that the provisions of s. 196 of the *Code* had been complied with and that there were no expired wiretaps; and (b) with respect to unexpired wiretaps not having yet triggered s. 196, on public policy grounds that to answer the question would bar investigations under wiretap authorizations and that the request was purely speculative. Veit J. again refused to permit the respondent leave to call evidence, based on *Dersch v. Canada (Attorney General)*, *supra*, and the fact that some *Charter* breaches were so serious that a causal connection to the evidence need not be established before a remedy will be granted. Lack of finality was not considered a problem since *R. v. Stinchcombe*, *supra*, mandates on-going disclosure. She then ordered a judicial stay of proceedings as a remedy for failure to disclose the information.

Alberta Court of Appeal (1993), 145 A.R. 153

On November 4, 1993, Stratton J.A., writing for the Alberta Court of Appeal, set aside both the disclosure order and the stay of proceedings, and ordered a new trial. Since he found that Veit J. did not have the discretion to make the disclosure order, he did not deal with the issues surrounding the stay of proceedings.

Stratton J.A. stated that Crown Counsel's assertion of "no relevance" was *prima facie* determinative. The Crown need not disclose what is clearly irrelevant to the accused's right to make full answer and defence (at p. 157):

Where the Crown's statement of no relevance is challenged by an accused, the accused must establish a reasonable possibility that the accused's right to make full answer and defence will be impaired.

While noting that there may be cases involving pure questions of law, where a factual basis is not

pos: a) la présomption de régularité selon laquelle les dispositions de l'art. 196 du *Code* avaient été suivies et il n'existait aucune autorisation expirée d'écoute électronique; et b) en ce qui concerne les autorisations d'écoute électronique non expirées qui ne donnent pas encore lieu à l'application de l'art. 196, des considérations de politique générale, à savoir que répondre à la question viendrait empêcher des enquêtes en vertu d'autorisations d'écoute électronique et qu'il s'agissait d'une demande de caractère purement conjectural. S'appuyant sur l'arrêt *Dersch c. Canada (Procureur général)*, précité, et sur le fait que certaines violations de la *Charte* sont tellement graves qu'il n'est pas besoin d'établir un lien causal avec la preuve pour que soit accordée une réparation, le juge Veit a de nouveau refusé de permettre à l'intimée de produire des preuves. L'absence de caractère définitif ne faisait pas problème puisque l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, précité, exige que la divulgation se fasse de façon suivie. Elle a ensuite ordonné l'arrêt des procédures en réparation à la non-divulgation des renseignements demandés.

Cour d'appel de l'Alberta (1993), 145 A.R. 153

Le 4 novembre 1993, le juge Stratton, au nom de la Cour d'appel de l'Alberta, a annulé à la fois l'ordonnance de divulgation et l'arrêt des procédures, et a ordonné un nouveau procès. Comme il estimait que le juge Veit ne détenait pas le pouvoir discrétionnaire de rendre l'ordonnance de divulgation, il n'a pas traité des questions concernant l'arrêt des procédures.

Le juge Stratton a dit que l'assertion de «non-pertinence» par le ministère public était à première vue concluante. Le ministère public n'a pas à divulguer des renseignements qui n'ont manifestement aucune pertinence relativement au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière (à la p. 157):

[TRADUCTION] L'accusé qui conteste l'allégation de non-pertinence avancée par le ministère public doit établir une possibilité raisonnable qu'il en subisse une atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière.

Bien que faisant remarquer qu'il peut y avoir des cas où se posent des questions de pur droit et où

needed to support a contention of non-disclosure, this case required a factual basis. The court did note the limits to Crown disclosure suggested by *R. v. Stinchcombe*, *supra*, at p. 339, that “[w]hile the Crown must err on the side of inclusion, it need not produce what is clearly irrelevant”. Yet, Stratton J.A. stated, at p. 158, that “[t]here must be some evidence adduced which gives an air of reality to what is otherwise pure speculation”. Given the cases cited in support of this principle, *R. v. Roach* (1985), 23 C.C.C. (3d) 262 (Alta. C.A.), and *R. v. Simon* (1992), 54 O.A.C. 398 (C.A.), Stratton J.A. appeared to be imposing an evidentiary burden on the accused to bring forth enough evidence to put in issue a reasonable possibility that the accused’s right to make full answer and defence will be impaired. The accused’s assertion (at p. 159) of “a theoretical possibility founded only upon the conjecture of defence counsel” of relevance was “not sufficient” to trigger the *Stinchcombe* disclosure obligations. Furthermore, Stratton J.A. distinguished the *Dersch* “Catch-22” situation from this appeal on the basis that in that case, there had been notice the Crown intended to introduce derivative evidence from wiretaps, thus establishing an evidentiary foundation. In contrast, this appeal was pure speculation in that it sought the disclosure of hypothetical material. Accordingly, Stratton J.A. allowed the appeal and ordered a new trial.

l’argument en faveur de la non-divulgence n’a pas à être fondé sur des faits, un tel fondement s’imposait en l’espèce. La cour a signalé les limites que connaît l’obligation de divulgation incombant au ministère public d’après l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, précité, à la p. 339, à savoir: «Si le ministère public pêche, ce doit être par inclusion. Il n’est toutefois pas tenu de produire ce qui n’a manifestement aucune pertinence.» Pourtant, le juge Stratton a dit à la p. 158 qu’ [TRADUCTION] «[i]l faut produire une preuve qui prête un caractère de vraisemblance à ce qui ne serait autrement que de la pure conjecture». Compte tenu de la jurisprudence qu’il a invoquée à l’appui de ce principe (*R. c. Roach* (1985), 23 C.C.C. (3d) 262 (C.A. Alb.), et *R. c. Simon* (1992), 54 O.A.C. 398 (C.A.)), le juge Stratton semble avoir imposé à l’accusé une charge de présentation en l’obligeant à produire une preuve suffisante pour soulever une possibilité raisonnable qu’il soit porté atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière. L’allégation par l’accusé (à la p. 159) d’une [TRADUCTION] «possibilité théorique ayant pour seul fondement la conjecture de l’avocat de la défense» quant à la pertinence «ne suffit pas» pour entraîner les obligations de divulgation énoncées dans *Stinchcombe*. Le juge Stratton a fait aussi une distinction entre la situation sans issue qui se présentait dans *Dersch*, et celle qui existe en l’espèce en ce sens que, dans *Dersch*, le ministère public avait donné avis de son intention de produire une preuve dérivée obtenue par voie d’écoute électronique, ce qui établissait un fondement sur le plan de la preuve. En l’espèce, par contre, il ne s’agissait que de pure conjecture au sujet de renseignements hypothétiques. Le juge Stratton a donc accueilli l’appel et a ordonné un nouveau procès.

19

In *obiter*, Stratton J.A. also stated that if the appellants had actually invested their assertions with an air of reality, the trial judge would have denied the Crown its right to adjudicative fairness in not permitting an opportunity to call evidence to attempt to justify its disclosure refusal. Stratton J.A. did not address the intervenor’s alternative

Dans une opinion incidente, le juge Stratton a dit également que, si les déclarations des appelants avaient effectivement été vraisemblables, le juge du procès se serait trouvée à dénier au ministère public son droit à l’équité juridictionnelle en ne lui accordant pas la possibilité de produire des preuves afin d’essayer de justifier son refus de divulguer. Le juge Stratton n’a pas abordé l’argument subsidiaire de l’intervenant selon lequel la

submission that non-disclosure was justified on the basis of public interest privilege.

Analysis

General Crown Obligation to Disclose Information

The rationale behind the Crown's disclosure obligation stems from s. 7 of the *Charter* reflecting, as this Court stated in *R. v. Stinchcombe*, *supra*, at p. 336:

... the overriding concern that failure to disclose impedes the ability of the accused to make full answer and defence. This common law right has acquired new vigour by virtue of its inclusion in s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as one of the principles of fundamental justice. . . . The right to make full answer and defence is one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted.

This underlying principle shapes the limits of disclosure.

This Court has clearly established that the Crown is under a general duty to disclose all information, whether inculpatory or exculpatory, except evidence that is beyond the control of the prosecution, clearly irrelevant, or privileged: *R. v. Stinchcombe*, *supra*, at p. 339; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451. The Crown obligation to disclose all relevant and non-privileged evidence, whether favourable or unfavourable, to the accused requires that the Crown exercise the utmost good faith in determining which information must be disclosed and in providing ongoing disclosure. Failure to comply with this initial and continuing obligation to disclose relevant and non-privileged evidence may result in a stay of proceedings or other redress against the Crown, and may constitute a serious breach of ethical standards. With respect to the latter, of necessity, great reliance must be placed on the integrity of the police and prosecution bar to act in the utmost good faith. It is for this reason that departures from this onerous obligation are

non-divulgence se justifiait par le privilège de l'intérêt public.

Analyse

L'obligation générale de divulgation incombant au ministère public

La raison d'être de l'obligation de divulgation incombant au ministère public découle de l'art. 7 de la *Charte*, qui traduit, comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, précité, à la p. 336:

... la crainte prépondérante que la non-divulgence n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. [...] Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables.

Ce principe sous-jacent définit les limites de la divulgation.

Notre Cour a clairement établi que le ministère public a l'obligation générale de divulguer tous renseignements, inculpataires ou disculpatoires, sauf s'il s'agit d'une preuve qui échappe au contrôle de la poursuite, qui est manifestement sans pertinence ou qui fait l'objet d'un privilège: *R. c. Stinchcombe*, précité, à la p. 339; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451. Du fait de l'obligation lui incombant de divulguer toute preuve pertinente et non privilégiée, qu'elle soit favorable ou défavorable à l'accusé, le ministère public doit faire preuve de la plus grande bonne foi en déterminant quels renseignements communiquer et en veillant à ce que cette communication se fasse de façon suivie. L'omission de s'acquitter de cette obligation initiale et permanente de divulguer toute preuve pertinente et non privilégiée peut aboutir à un arrêt des procédures ou autre réparation, et peut constituer un manquement grave aux normes éthiques. En ce qui concerne ce dernier point, il faut nécessairement se fier dans une large mesure à l'intégrité de la police et des avocats de la poursuite, de qui on attend une conduite témoignant de la plus grande

treated as very serious breaches of professional ethics.

22

Nonetheless, the Crown's obligation to disclose is not absolute (*R. v. Stinchcombe, supra*, at p. 339):

While the Crown must err on the side of inclusion, it need not produce what is clearly irrelevant.

Relevance is determined in relation to its use by the defence (at p. 340):

The trial judge on a review should be guided by the general principle that information ought not to be withheld if there is a reasonable possibility that the withholding of information will impair the right of the accused to make full answer and defence, unless the non-disclosure is justified by the law of privilege.

As further summarized in *R. v. Egger, supra*, at pp. 466-67:

The Crown's disclosure obligation is subject to a discretion, the burden of justifying the exercise of which lies on the Crown, to withhold information which is clearly irrelevant or the nondisclosure of which is required by the rules of privilege, or to delay the disclosure of information out of the necessity to protect witnesses or complete an investigation: *Stinchcombe, supra*, at pp. 335-36, 339-40. As was said in *Stinchcombe, supra*, at p. 340, "(i)nasmuch as disclosure of all relevant information is the general rule, the Crown must bring itself within an exception to that rule".

One measure of the relevance of information in the Crown's hands is its usefulness to the defence: if it is of some use, it is relevant and should be disclosed — *Stinchcombe, supra*, at p. 345. This requires a determination by the reviewing judge that production of the information can reasonably be used by the accused either in meeting the case for the Crown, advancing a defence or otherwise in making a decision which may

bonne foi. C'est la raison pour laquelle tout écart par rapport à cette lourde obligation est traité comme un manquement très grave à la déontologie.

Toutefois, l'obligation de divulgation incombant au ministère public n'est pas absolue (*R. c. Stinchcombe*, précité, à la p. 339):

Si le ministère public pêche, ce doit être par inclusion. Il n'est toutefois pas tenu de produire ce qui n'a manifestement aucune pertinence.

Et la pertinence est déterminée en fonction de l'usage que la défense compte faire des renseignements (à la p. 340):

Le juge du procès qui effectue un contrôle doit se laisser guider par le principe général selon lequel il ne faut refuser de divulguer aucun renseignement s'il existe une possibilité raisonnable que la non-divulgation porte atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, à moins que cette non-divulgation ne se justifie par le droit au secret.

Dans l'arrêt *R. c. Egger*, précité, aux pp. 466 et 467, on trouve le résumé suivant:

L'obligation de divulgation qu'a le ministère public est assujettie à un pouvoir discrétionnaire, dont la justification lui incombe, de retenir les renseignements qui, de toute évidence, ne sont pas pertinents ou dont la non-divulgation est exigée par les règles en matière de privilège, ou de retarder la divulgation de renseignements lorsque cela est nécessaire pour protéger des témoins ou pour terminer une enquête: *Stinchcombe*, précité, aux pp. 335 et 336, 339 et 340. Ainsi qu'on le souligne dans cet arrêt à la p. 340, «(c)omme la règle générale consiste à divulguer tous les renseignements pertinents, il faut alors que le ministère public invoque l'application d'une exception à cette règle».

Une façon de mesurer la pertinence d'un renseignement dont dispose le ministère public est de déterminer son utilité pour la défense: s'il a une certaine utilité, il est pertinent et devrait être divulgué — *Stinchcombe*, précité, à la p. 345. Le juge qui effectue le contrôle doit déterminer si l'accusé peut raisonnablement utiliser la communication des renseignements pour réfuter la preuve et les arguments du ministère public, pour présenter un moyen de défense ou autrement pour parvenir à une décision susceptible d'avoir un effet sur le dérou-

1999 CanLII 26 (SCJ)

affect the conduct of the defence such as, for example, whether to call evidence.

When the Crown alleges that it has discharged its obligation to disclose, an issue may arise as to whether disclosure is complete in two situations:

- (1) the defence contends that material that has been identified and is in existence ought to have been produced; or
- (2) the defence contends that that material whose existence is in dispute ought to have been produced.

I will deal with each of these situations.

Procedure Where Existence of Information is Established

In situations in which the existence of certain information has been identified, then the Crown must justify non-disclosure by demonstrating either that the information sought is beyond its control, or that it is clearly irrelevant or privileged. The trial judge must afford the Crown an opportunity to call evidence to justify such allegation of non-disclosure. As noted in *R. v. Stinchcombe*, *supra*, at p. 341:

This may require not only submissions but the inspection of statements and other documents and indeed, in some cases, *viva voce* evidence. A *voir dire* will frequently be the appropriate procedure in which to deal with these matters.

Justification of non-disclosure on the grounds of public interest privilege or other privilege may involve certain special procedures such as the procedure referred to in s. 37(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5, to protect the confidentiality of the evidence.

An example of a case where the existence of the information was not in issue, but its relevance disputed was *R. v. Hutter* (1993), 86 C.C.C. (3d) 81 (Ont. C.A.). Dubin C.J., writing for the court, held at p. 89 that the Crown was required to disclose information in its possession concerning the

lement de la défense comme, par exemple, de présenter ou non une preuve.

Lorsque le ministère public prétend s'être acquitté de son obligation de divulgation, il peut y avoir lieu de se demander, dans les deux situations suivantes, si la divulgation est complète:

- (1) celle où la défense soutient que des renseignements qui ont été désignés et qui existent auraient dû être produits;
- (2) celle où la défense soutient que des renseignements dont l'existence est contestée auraient dû être produits.

Je me propose d'examiner chacun de ces cas.

La marche à suivre lorsque l'existence des renseignements est établie

Dans les cas où l'existence de certains renseignements a été établie, le ministère public est tenu de justifier la non-divulgation en démontrant soit qu'il n'en a pas le contrôle soit qu'ils sont manifestement sans pertinence ou privilégiés. Le juge du procès doit accorder au ministère public la possibilité de présenter des éléments de preuve justifiant une telle allégation. Comme on le fait remarquer dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, précité, à la p. 341:

Cela peut nécessiter non seulement que soient présentés des arguments mais que les déclarations et autres documents fassent l'objet d'un examen, et il pourra même s'avérer nécessaire, dans certains cas, de produire des témoignages de vive voix. Souvent, il conviendra de tenir un *voir-dire* pour trancher ces questions.

La justification de la non-divulgation fondée sur le privilège de l'intérêt public ou autre type de privilège peut entraîner certaines procédures spéciales, comme celle visée au par. 37(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, afin de protéger la confidentialité de la preuve en question.

On trouve dans l'affaire *R. c. Hutter* (1993), 86 C.C.C. (3d) 81 (C.A. Ont.), un exemple d'un cas où l'existence des renseignements n'était pas en cause, mais où on en contestait la pertinence. Le juge en chef Dubin, au nom de la cour, a conclu à la p. 89 que le ministère public était tenu de divul-

accused's bad character, even though that evidence could only be used in rebuttal by the Crown:

The information in the hands of the Crown with respect to the character of the appellant could "reasonably be used by the accused in advancing a defence in making a decision which could affect the conduct of the defence such as, for example, whether to call evidence".

27

In wiretap cases, the existence of wiretaps (unlike the case at bar) is usually not in issue. In *Dersch, supra*, for example, the accuseds had been given notice that the Crown intended to adduce evidence obtained as a result of *Criminal Code* wiretap authorizations made as part of the investigations into the charges being tried. The accuseds applied for an order for access to the contents of the sealed packets containing the affidavits in support of the authorizations, claiming that they were needed for them to make full answer and defence. In restoring the order of the trial judge to grant the application, this Court noted that the accuseds could not gain access to the affidavit unless they could prove the grounds for such access, and could not prove such grounds unless they had access. The significant and distinguishing feature of that case, however, from this appeal is that the existence of the wiretap in relation to the charges being tried was never in doubt.

28

Another example of this type of case where the existence of wiretaps was not in issue was *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469. In that case, the accused persons were charged with conspiracy to traffic in methamphetamine after extensive police investigations. Significantly, the nature of the investigation suggested that the police had used wiretaps. The defence sought disclosure of the sealed wiretap authorization affidavit packet, which the trial judge had edited after receiving

guer les renseignements dont il disposait concernant la mauvaise moralité de l'accusé, même si le ministère public ne pouvait utiliser cette preuve qu'en contre-preuve:

[TRADUCTION] L'accusé pourrait raisonnablement se servir des renseignements concernant sa moralité se trouvant en la possession du ministère public pour faire valoir un moyen de défense ou pour prendre une décision susceptible d'influer sur la conduite de la défense, par exemple, la décision de produire ou de ne pas produire certains éléments de preuve.

Dans les affaires d'écoute électronique, la question de l'existence des tables d'écoute (à la différence de l'espèce) n'est généralement pas en litige. Par exemple, dans l'affaire *Dersch*, précitée, le ministère public avait fait part aux accusés de son intention de produire des éléments de preuve recueillis par écoute électronique effectuée, en vertu d'autorisations accordées conformément au *Code criminel*, dans le cadre d'enquêtes sur les accusations en question. Les accusés avaient demandé une ordonnance leur donnant accès au contenu des paquets scellés contenant les affidavits produits pour obtenir les autorisations dont ils prétendaient avoir besoin pour présenter une défense pleine et entière. Notre Cour, qui a rétabli l'ordonnance du juge du procès faisant droit à la demande des accusés, a souligné que ces derniers ne pouvaient avoir accès aux affidavits que s'ils établissaient les motifs de cet accès, mais qu'ils ne pouvaient faire cette preuve que si l'accès leur était accordé. Cependant l'aspect important de l'affaire *Dersch*, et ce en quoi elle diffère de la présente espèce, est le fait que l'existence de communications interceptées se rapportant aux accusations portées n'avait jamais été mise en doute.

Un autre exemple de ce genre de cas, où l'existence des communications interceptées n'était pas en cause, est l'affaire *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469, dans laquelle les accusés, au terme d'une enquête policière de grande envergure, avaient été inculpés de complot en vue de faire le trafic de méthamphetamine. Fait important, la nature de l'enquête laissait supposer que la police avait eu recours à l'écoute électronique. La défense a donc sollicité la communication du paquet scellé

1995 CanLII 126 (SCC)

suggestions from the Crown. The majority in this Court held that the defence had a right to the unedited contents of the packet, and the decision narrowly focused on the disclosure of wiretap authorization affidavits.

Other lower court decisions have similarly involved factual situations where the fact of the interception of communications has not been in issue. For example, in *R. v. Desjardins (No. 5)* (1991), 88 Nfld. & P.E.I.R. 149 (Nfld. S.C.T.D.), the *Charter* right to counsel was alleged to have been violated by the interception of solicitor-client communications. These allegations were similar to the allegations made by the defence in this appeal. Significantly, in that case, there was no issue concerning the interception of communications as defence counsel had established that a bugging device had been found (at pp. 155-56).

Procedure Where Existence of Material is Disputed

In contrast to the above, in some cases, this being one, the existence of material which is alleged to be relevant is disputed by the Crown. Once the Crown alleges that it has fulfilled its obligation to produce it cannot be required to justify the non-disclosure of material the existence of which it is unaware or denies. Before anything further is required of the Crown, therefore, the defence must establish a basis which could enable the presiding judge to conclude that there is in existence further material which is potentially relevant. Relevance means that there is a reasonable possibility of being useful to the accused in making full answer and defence. The existence of the disputed material must be sufficiently identified not only to reveal its nature but also to enable the presiding judge to determine that it may meet the test with respect to material which the Crown is obliged to produce as set out above in the passages

contenant les affidavits déposés à l'appui de demandes d'autorisation d'écoute, affidavits dont le juge du procès avait supprimé certaines parties en fonction de propositions faites par le ministère public. Dans un arrêt portant uniquement sur la communication d'affidavits déposés à l'appui de demandes d'autorisation d'écoute électronique, les juges majoritaires de notre Cour ont conclu que la défense avait droit au contenu complet du paquet.

D'autres décisions, de juridictions inférieures, visaient également des situations où le fait de l'interception des communications n'était pas contesté. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Desjardins (No. 5)* (1991), 88 Nfld. & P.E.I.R. 149 (C.S.T.-N., 1^{re} inst.), il était allégué que l'interception de communications entre avocat et client violait le droit à l'assistance d'un avocat garanti par la *Charte*. Il s'agissait d'allégations analogues à celles avancées par la défense en l'espèce. Il faut souligner que, dans cette affaire, aucune question ne se posait concernant l'interception de communications car l'avocat de la défense avait établi qu'un appareil d'écoute avait été trouvé (aux pp. 155 et 156).

La marche à suivre lorsque l'existence des renseignements est mise en doute

Contrairement aux cas susmentionnés, il arrive parfois — comme en l'espèce — que le ministère public nie l'existence de renseignements que l'on prétend pertinents. Du moment que le ministère public affirme avoir rempli son obligation de produire, on ne saurait le contraindre à justifier la non-divulgation de renseignements dont il ignore ou nie l'existence. Le ministère public n'est donc tenu de rien faire d'autre tant que la défense n'a pas établi des motifs sur lesquels le juge qui préside peut se fonder pour conclure à l'existence d'autres renseignements qui sont peut-être pertinents. Par pertinence, il faut entendre qu'il y a possibilité raisonnable que ces renseignements puissent aider l'accusé à présenter une défense pleine et entière. L'existence des renseignements faisant l'objet de contestation doit être assez clairement établie non seulement pour en révéler la nature, mais aussi pour permettre au juge qui préside de décider qu'ils pourront satisfaire au critère applicable aux renseignements que le ministère public est tenu de

which I have quoted from *R. v. Stinchcombe* and *R. v. Egger, supra*.

31

Although the obligation cast upon the defence which I have characterized as “a basis” is in the nature of an evidentiary burden, I prefer not to call it that because it can, and in many cases will, be discharged not by leading or pointing to evidence but by oral submissions of counsel without the necessity of a *voir dire*. Accordingly, I avoid the terms “air of reality” or “live issue” and other terms used in some of the cases that are more appropriate when used to describe a true evidentiary burden. *Viva voce* evidence and a *voir dire* may, however, be required in situations in which the presiding judge cannot resolve the matter on the basis of the submissions of counsel.

32

Apart from its practical necessity in advancing the debate to which I refer above, the requirement that the defence provide a basis for its demand for further production serves to preclude speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive and time-consuming disclosure requests. In cases involving wiretaps, such as this appeal, this is particularly important. Fishing expeditions and conjecture must be separated from legitimate requests for disclosure. Routine disclosure of the existence of wiretaps in relation to a particular accused who has been charged, but who is the subject of wiretaps for ongoing criminal investigations in relation to other suspected offences, would impede the ability of the state to investigate a broad array of sophisticated crimes which are otherwise difficult to detect, such as drug-trafficking, extortion, fraud and insider trading: *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 44. Wiretaps are generally only effective if their existence is unknown to the persons under investigation. This is implicitly recognized in the secrecy provisions of Part VI of the *Code*, s. 187 and s. 193 which govern until the investigation

produire, lequel critère est énoncé dans les passages précités des arrêts *R. c. Stinchcombe* et *R. c. Egger*.

Bien que l'obligation incombant à la défense, qui, comme je l'ai indiqué, consiste à établir «un fondement», participe d'une charge de présentation, je préfère ne pas la qualifier ainsi parce que, dans bien des cas, on pourra s'en acquitter non pas par la production d'éléments de preuve ou par la démonstration de leur existence, mais par les observations orales de l'avocat, sans qu'il soit besoin d'un voir-dire. J'évite en conséquence les termes «vraisemblance», «question réelle», et autres, employés dans certaines décisions, car ces termes conviennent mieux à la description d'une véritable charge de présentation. La production d'une preuve de vive voix ainsi que la tenue d'un voir-dire peuvent toutefois s'imposer lorsque le juge qui préside est dans l'impossibilité de régler la question en se fondant sur les observations de l'avocat.

Outre qu'elle est nécessaire sur le plan pratique pour que les débats puissent avancer — ce dont je traite précédemment — l'obligation pour la défense d'établir un fondement à sa demande de divulgation sert à empêcher des demandes qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires. Dans les affaires d'écoute comme en l'espèce ceci est particulièrement important. Il faut en effet distinguer les recherches à l'aveuglette et la conjecture d'avec les demandes légitimes de divulgation. La divulgation systématique de l'existence de tables d'écoute concernant une personne qui est déjà inculpée, mais qui fait l'objet d'écoute électronique dans le cadre d'enquêtes criminelles en cours relativement à d'autres infractions soupçonnées, nuirait à la capacité de l'État de faire enquête sur un large éventail de crimes complexes qui seraient difficiles à détecter par d'autres moyens, soit, notamment, le trafic de stupéfiants, l'extorsion, la fraude et le délit d'initié: *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la p. 44. En règle générale, l'écoute électronique n'est efficace que si elle se fait à l'insu des personnes sur lesquelles porte l'enquête. C'est ce qui est implicitement

expires, and the deferred notification of the existence of a wiretap by s. 196.

If the defence establishes a basis in accordance with its obligation in that regard as outlined above, the Crown must then justify a continuing refusal to disclose. The obligation of the Crown is the same as its obligation in first instance which is defined in *R. v. Stinchcombe*, *supra*, and elaborated in *R. v. Egger*, *supra*. Generally, if the matter cannot be resolved without *viva voce* evidence, the Crown must be afforded an opportunity to call relevant evidence. In cases involving confidential information, it may be appropriate for the trial judge to order a hearing *in camera* or to inspect the material in issue privately, applying procedures such as those set out in s. 37(2) of the *Canada Evidence Act*. In cases involving wiretaps, the procedure for protecting confidential information is dealt with in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at p. 1460.

Disposition

Applying the foregoing to this appeal, I am of the opinion that the accuseds failed at trial to establish a basis for the existence of wiretap authorizations or evidence derived therefrom which is potentially relevant to making full answer and defence.

The critical fact here is that the Crown stated that no wiretaps had been authorized as part of the investigation leading to the charges, making this appeal fundamentally different than the situation in *Dersch v. Canada (Attorney general)*, *supra*, where wiretaps in relation to the charges being tried were known to have existed. It is also different from *R. v. Durette*, *supra*, where the Crown relied primarily upon wiretap and derivative wiretap evidence. In those two cases, a denial of access to the wiretap authorizations could have clearly impaired the accused's ability to make full answer

reconnu dans les dispositions de la partie VI du *Code* qui traitent du secret, soit les art. 187 et 193, qui s'appliquent jusqu'à la fin de l'enquête, et l'art. 196, qui prévoit un avis différé de l'existence d'une table d'écoute.

Dès lors que la défense s'acquitte de son obligation exposée ci-dessus d'établir un fondement, il incombe au ministère public de justifier sa persistance dans la non-divulgaration. L'obligation du ministère public est identique à son obligation initiale qu'énonce l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, précité, et que précise l'arrêt *R. c. Egger*, précité. D'une manière générale, si la question ne peut se régler sans recourir à une preuve de vive voix, il faut donner au ministère public l'occasion de présenter des preuves pertinentes. Dans les cas où il s'agit de renseignements confidentiels, il peut convenir que le juge du procès ordonne le huis clos, ou bien qu'il inspecte lui-même les renseignements en question en procédant notamment de la façon prévue au par. 37(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. Pour ce qui est des affaires d'écoute électronique, la marche à suivre pour protéger les renseignements confidentiels est exposée dans l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, à la p. 1460.

Dispositif

Applicant à la présente affaire les principes énoncés ci-dessus, j'estime que les accusés ne sont pas parvenus à établir au procès des motifs de conclure à l'existence d'autorisations d'écoute électronique ou de preuves en dérivant pouvant être pertinentes pour la présentation d'une défense pleine et entière.

À cet égard, le fait déterminant est que le ministère public a dit qu'aucune écoute électronique n'avait été autorisée dans le cadre de l'enquête ayant abouti aux accusations, ce en quoi la présente espèce diffère fondamentalement de l'affaire *Dersch c. Canada (Procureur général)*, précitée, où l'on savait qu'il y avait eu écoute électronique relativement aux accusations portées. La présente espèce diffère également de l'affaire *R. c. Durette*, précitée, où le ministère public s'était surtout appuyé sur des preuves recueillies par écoute électronique et sur des preuves dérivées ainsi obtenues.

and defence. Reference to the possible existence of other wiretaps and their connection to the issues in this appeal, however, is purely speculative and mere conjecture. In sum, it is at best, a fishing expedition, and worst, an attempt to determine whether the police have investigated the accused persons in relation to other suspected offences. The appellants provided no basis for believing that there were wiretap authorizations even in existence in relation to investigation of other charges, or that the Crown had relied upon such wiretaps or derivative evidence therefrom in preparing its case. In the circumstances, the Crown was not called upon to justify further the position it had taken and there was no need for further evidence. Nonetheless, on the basis of the view of the matter taken by the trial judge which required the Crown to justify its position, the refusal to permit the Crown to call evidence was, with respect, in error.

Dans ces deux affaires, refuser la communication des autorisations d'écoute électronique aurait manifestement pu nuire à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Toutefois, parler en l'espèce de l'existence possible d'autres tables d'écoute et de leur rapport avec les questions soulevées n'est que pure conjecture. Somme toute, il s'agit au mieux d'une recherche à l'aveuglette, et au pire, d'une tentative de déterminer si la police a fait enquête sur les accusés relativement à d'autres infractions soupçonnées. Les appellants n'ont établi aucun motif qui permette de penser qu'il existait même des autorisations d'écoute électronique se rapportant à une enquête sur d'autres accusations, ou que le ministère public, en constituant sa preuve, s'était appuyé sur cette écoute électronique ou sur des preuves dérivées ainsi obtenues. Cela étant, le ministère public n'était pas tenu de justifier davantage la position qu'il avait prise ni n'avait à produire des preuves supplémentaires. Néanmoins, si l'on retient le point de vue du juge du procès, selon lequel le ministère public était obligé de justifier sa position, le refus de lui permettre de présenter des preuves constituait — je le dis en toute déférence — une erreur.

³⁶ The appeal from the judgment of the Alberta Court of Appeal is thus dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellants: David J. Martin, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta est en conséquence rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur des appelants: David J. Martin, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant: Le procureur général du Canada, Ottawa.