

**Jason Chester Bjelland** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. BJELLAND**

**Neutral citation: 2009 SCC 38.**

File No.: 32446.

2008: November 20; 2009: July 30.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Crown disclosing relevant information to accused a few weeks prior to trial — Late disclosure prejudicial to accused's right to make full answer and defence — Whether trial judge erred in excluding late disclosed evidence under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether prejudice to accused could have been cured by adjournment and disclosure order.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Right to make full answer and defence — Crown disclosing relevant information to accused a few weeks prior to trial — Whether accused's rights to fair trial and to make full answer and defence prejudiced by denial of opportunity to cross-examine witnesses at preliminary hearing — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.*

The accused was charged with importing cocaine and possession of cocaine for the purpose of trafficking. After pre-preliminary hearing conferences, the Crown indicated that disclosure was substantially complete. A preliminary hearing was subsequently held and a trial date set for May 1, 2006. In March and April 2006, the Crown provided the accused with evidence from two alleged accomplices, both of whom were to be called at trial. The accused moved for a stay of proceedings or, alternately, for the exclusion of the evidence on the grounds that his right to make full answer and defence had been prejudiced by the late disclosure. The

**Jason Chester Bjelland** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. BJELLAND**

**Référence neutre : 2009 CSC 38.**

N° du greffe : 32446.

2008 : 20 novembre; 2009 : 30 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et Rothstein.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Ministère public communiquant des renseignements pertinents à l'accusé quelques semaines avant le procès — Communication tardive portant atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en excluant les éléments de preuve communiqués tardivement en application de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'atteinte aux droits de l'accusé pouvait-elle être réparée en ordonnant un ajournement et la communication de la preuve?*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Droit de présenter une défense pleine et entière — Ministère public communiquant des renseignements pertinents à l'accusé quelques semaines avant le procès — A-t-il été porté atteinte aux droits de l'accusé de subir un procès équitable et de présenter une défense pleine et entière parce qu'il a été privé du droit de contre-interroger des témoins à l'enquête préliminaire? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.*

L'accusé a été inculpé d'importation et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Après les conférences préalables à l'enquête préliminaire, le ministère public a fait savoir que la communication de la preuve était pour ainsi dire achevée. Par la suite, une enquête préliminaire a été tenue et la date du procès a été fixée au 1<sup>er</sup> mai 2006. En mars et en avril 2006, le ministère public a transmis à l'accusé des éléments de preuve relatifs à deux présumés complices qui allaient tous deux être appelés à témoigner au procès. L'accusé a sollicité l'arrêt des procédures ou, subsidiairement, l'exclusion des éléments de preuve en cause faisant valoir que

trial judge ordered the exclusion of the late disclosed evidence under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. At trial, the accused was acquitted. The Court of Appeal, in a majority decision, set aside the acquittal and ordered a new trial, finding that the trial judge committed a reviewable error by failing to consider whether a less severe remedy than exclusion of evidence could have cured the prejudice to the accused.

*Held* (Binnie, Fish and Abella JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps and Rothstein JJ.: Exclusion of evidence obtained in conformity with the *Charter* is only available as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* where (a) late disclosure renders the trial process unfair and this unfairness cannot be remedied through an adjournment and disclosure order or (b) exclusion is necessary to maintain the integrity of the justice system. The integrity of the justice system requires that the accused receive a trial that is fair in that it satisfies the public interest in getting at the truth, while preserving basic procedural fairness for the accused. Because the exclusion of evidence impacts on trial fairness from society's perspective, insofar as it impairs the truth-seeking function of trials, it will not be appropriate and just to exclude evidence under s. 24(1) where a trial judge can fashion an appropriate remedy for late disclosure that does not deny procedural fairness to the accused and where admission of the evidence does not otherwise compromise the integrity of the justice system. [3] [22] [24]

The trial judge committed a reviewable error by failing to consider whether the prejudice to the accused's right to a fair trial could be remedied without excluding the evidence. The Crown provided the accused with disclosure, albeit late, and there is no suggestion that the Crown had engaged in deliberate misconduct. In the circumstances of this case, an adjournment and a disclosure order would have sufficiently addressed the prejudice to the accused while preserving society's interest in a fair trial. By ordering the exclusion of the evidence, the trial judge misdirected himself and did not impose an appropriate and just remedy. [3] [29] [37] [39]

leur communication tardive avait porté atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière. Le juge du procès a ordonné, en application du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'exclusion des éléments de preuve communiqués tardivement. Au terme du procès, l'accusé a été acquitté. La Cour d'appel, dans une décision majoritaire, a annulé le verdict d'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès estimant que le juge du procès a commis une erreur donnant lieu à révision en omettant de se demander si une réparation moins draconienne que l'exclusion d'éléments de preuve aurait pu corriger le préjudice causé à l'accusé.

*Arrêt* (les juges Binnie, Fish et Abella sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps et Rothstein : L'exclusion d'éléments de preuve qui ont été obtenus conformément à la *Charte* ne peut être ordonnée à titre de réparation en application du par. 24(1) de la *Charte* que a) lorsque la communication tardive rend le procès inéquitable et qu'il ne peut être remédié à cette iniquité grâce à un ajournement et à une ordonnance de communication ou b) lorsque l'exclusion est nécessaire pour maintenir l'intégrité du système de justice. L'intégrité du système de justice requiert que l'accusé subisse un procès équitable, c'est-à-dire un procès qui répond à l'intérêt qu'a le public à connaître la vérité, tout en préservant l'équité fondamentale en matière de procédure pour l'accusé. Puisque l'exclusion d'éléments de preuve a une incidence sur l'équité du procès du point de vue de la société, dans la mesure où elle entrave la fonction de recherche de la vérité du procès, il ne sera ni convenable ni juste de l'ordonner en application du par. 24(1) lorsque le juge du procès peut concevoir une réparation convenable — pour pallier la communication tardive — qui ne prive pas l'accusé de l'équité procédurale et lorsque l'utilisation des éléments de preuve ne porte par autrement atteinte à l'intégrité du système de justice. [3] [22] [24]

Le juge du procès a commis une erreur donnant lieu à révision en omettant de se demander si l'atteinte au droit de l'accusé de subir un procès équitable pouvait être corrigée sans exclure les éléments de preuve. Même s'il l'a fait tardivement, le ministère public a communiqué la preuve à l'accusé et rien ne donne à penser que le ministère public a fait preuve d'une inconduite délibérée. En l'espèce, un ajournement et une ordonnance de communication auraient suffisamment réparé le préjudice causé à l'accusé tout en préservant l'intérêt de la société à ce que soit tenu un procès équitable. En ordonnant l'exclusion des éléments de preuve, le juge du procès a commis une erreur de droit et n'a pas accordé une réparation convenable et juste. [3] [29] [37] [39]

The accused's s. 7 *Charter* right to make full answer and defence was not infringed by his inability to cross-examine the potential Crown witnesses at a preliminary hearing. The material provided to the accused was sufficient disclosure of the Crown's case against him, and cross-examining a witness at a preliminary hearing is not a component of the s. 7 right to make full answer and defence. [32] [37]

*Per* Binnie, Fish and Abella JJ. (dissenting): The trial judge's order excluding evidence is subject to appellate interference only if the Court abandons the governing principles it adopted nearly a quarter-century ago and, since then, has repeatedly and consistently applied. Under s. 24(1), the *Charter* entitles anyone whose rights or freedoms have been infringed "to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". This "widest possible discretion", as the Court has framed it, is subject to appellate interference only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice. Here, the Court of Appeal should not have interfered with the trial judge's exercise of discretion. He reviewed the evidence carefully and accurately, considered and rejected alternative remedies, including a stay of proceedings and an adjournment. He found that exclusion of the tardily disclosed evidence was not a particularly drastic remedy in this case and, balancing the accused's rights and society's interests, concluded that to place both the accused and the Crown in the position they occupied before the Crown attempted to introduce this new evidence was the proper remedy in the circumstances. The trial judge committed no reviewable error. He exercised his discretion reasonably and well within the broad limits fixed by the *Charter* and the governing principles. [41] [48] [56] [66-68]

Confining the trial judge's broad and unfettered discretion to exclude evidence under s. 24(1) to two narrow circumstances is a change in the law that is unwarranted, inconsistent with prior decisions of the Court and incompatible with the plain language and evident purpose of s. 24(1). Furthermore, the new proposed limitation introduces the same exacting standard for exclusion of evidence as a remedy under s. 24(1) as, until now, has been uniquely reserved for a stay of proceedings. The remedy of exclusion granted by the trial

Le droit de l'accusé garanti à l'art. 7 de la *Charte* de présenter une défense pleine et entière n'a pas été violé du fait qu'il n'a pas pu contre-interroger les témoins potentiels du ministère public lors de l'enquête préliminaire. Les documents fournis à l'accusé constituaient une communication suffisante de la preuve que le ministère public entendait présenter contre lui. En outre, le droit de contre-interroger un témoin lors d'une enquête préliminaire n'est pas une composante du droit garanti à l'art. 7 de présenter une défense pleine et entière. [32] [37]

*Les* juges Binnie, Fish et Abella (dissidents) : L'ordonnance du juge du procès visant l'exclusion d'éléments de preuve ne peut être modifiée en appel que si la Cour abandonne les principes applicables qu'elle a elle-même établis il y a près d'un quart de siècle — et qu'elle a depuis lors appliqués invariablement et à maintes reprises. Suivant le par. 24(1), la *Charte* permet à toute personne dont les droits ou les libertés ont été violés d'« obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Un tribunal d'appel ne sera justifié d'intervenir dans l'exercice de ce que la Cour a qualifié de « plus vaste pouvoir discrétionnaire possible » que si le juge du procès s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice. En l'espèce, la Cour d'appel n'aurait pas dû modifier la décision rendue par le juge du procès qui a exercé son pouvoir discrétionnaire. Le juge du procès a examiné la preuve soigneusement et correctement. Il a aussi envisagé et écarté d'autres mesures réparatrices, dont l'arrêt des procédures et l'ajournement. Il a jugé que l'exclusion des éléments de preuve communiqués tardivement n'était pas une mesure particulièrement draconienne en l'espèce et, après avoir mis en balance les droits de l'accusé et les intérêts de la société, a conclu que la réparation appropriée dans les circonstances consistait à placer tant l'accusé que le ministère public dans la situation où ils se trouvaient avant que le ministère public tente de présenter ces nouveaux éléments de preuve. Le juge du procès n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire. Il a exercé son pouvoir discrétionnaire raisonnablement et bien à l'intérieur des larges limites fixées par la *Charte* et par les principes applicables. [41] [48] [56] [66-68]

Limiter à deux cas précis le pouvoir discrétionnaire général et absolu que le par. 24(1) confère aux juges du procès d'exclure des éléments de preuve constitue un changement au droit qui n'est pas justifié et qui est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour ainsi qu'avec le libellé clair et l'objet évident du par. 24(1). En outre, les nouvelles limites proposées soumettent l'exclusion d'éléments de preuve — en tant que mesure réparatrice accordée en application du par. 24(1) — aux normes exigeantes ayant jusqu'à maintenant été réservées à

judge was not equivalent to a stay of proceedings and should not be made subject to the same constraints. To restrict exclusion as a remedy under s. 24(1) to those limited circumstances in which a stay would be warranted exaggerates the severity of exclusion as a remedy and minimizes the importance attached by our system of justice to objectives other than truth-finding. The new standard also fails to take account of the nature of the constitutional violation or infringement. Finally, it regulates the exclusion under s. 24(1) more closely, and more intrusively, than the same remedy under s. 24(2) even though the plain language of these provisions grants the trial judge a broader discretion under s. 24(1). The new standard, as well, would preclude trial courts from granting exclusion as a remedy under s. 24(1), but, in analogous circumstances, require exclusion under s. 24(2). [43-47] [64-65]

### Cases Cited

By Rothstein J.

**Referred to:** *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551; *R. v. Sterling* (1993), 113 Sask. R. 81.

By Fish J. (dissenting)

*R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Ministry of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Charles Oseinton and Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Pearse v. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 24(1), (2).

l'arrêt des procédures. L'ordonnance du juge du procès visant l'exclusion d'éléments de preuve n'équivalait pas à un arrêt des procédures et ne devrait pas être assujettie aux mêmes contraintes. Limiter le recours à l'exclusion d'éléments de preuve dans le contexte de l'application du par. 24(1) aux seuls cas où un arrêt des procédures serait justifié confère à cette mesure une trop grande gravité et minimise l'importance que notre système de justice accorde aux objectifs autres que la recherche de la vérité. Le nouveau test omet en outre de tenir compte de la nature de l'atteinte ou de la violation constitutionnelle. Finalement, il assujettit l'exclusion ordonnée en application du par. 24(1) à des règles plus précises et plus envahissantes que celles auxquelles est assujettie l'exclusion ordonnée en application du par. 24(2) même s'il ressort du libellé clair de ces dispositions que le par. 24(1) confère un pouvoir discrétionnaire plus large au juge du procès. De plus, le nouveau test aurait pour effet d'empêcher les tribunaux de première instance d'ordonner l'exclusion d'éléments de preuve à titre de réparation en application du par. 24(1), même si, dans des circonstances similaires, l'exclusion serait nécessaire en application du par. 24(2). [43-47] [64-65]

### Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551; *R. c. Sterling* (1993), 113 Sask. R. 81.

Citée par le juge Fish (dissident)

*R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Charles Oseinton and Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Pearse c. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 24(1), (2).

*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.

*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19.

### Authors Cited

Freedman, Samuel. “Admissions and Confessions”, in Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto: Butterworths, 1972, 95.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Hunt and Martin J.J.A. and Brooker J. (*ad hoc*)), 2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4, 53 C.R. (6th) 241, 425 A.R. 293, 418 W.A.C. 293, 165 C.R.R. (2d) 92, [2008] 4 W.W.R. 208, 2007 CarswellAlta 1754, [2007] A.J. No. 1445 (QL), setting aside the accused’s acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed, Binnie, Fish and Abella J.J. dissenting.

*C. John Hooker*, for the appellant.

*Croft Michaelson and Robert A. Sigurdson*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps and Rothstein J.J. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

#### 1. Introduction

[1] By reason of the Crown’s failure to disclose information in a timely way, the Crown breached the appellant’s right to make full answer and defence guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The issue in this appeal as of right is whether the trial judge misdirected himself by ordering the exclusion of the late disclosed evidence as a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

[2] The majority in the Court of Appeal found that the trial judge committed a reviewable error by failing to consider whether a less severe remedy than exclusion of evidence could cure the prejudice to the appellant by the late disclosure while still

### Doctrine citée

Freedman, Samuel. « Admissions and Confessions », in Roger E. Salhany and Robert J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence*. Toronto : Butterworths, 1972, 95.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Hunt, Martin et Brooker (*ad hoc*)), 2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4, 53 C.R. (6th) 241, 425 A.R. 293, 418 W.A.C. 293, 165 C.R.R. (2d) 92, [2008] 4 W.W.R. 208, 2007 CarswellAlta 1754, [2007] A.J. No. 1445 (QL), qui a annulé la déclaration de culpabilité de l’accusé et ordonné la tenue d’un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Binnie, Fish et Abella sont dissidents.

*C. John Hooker*, pour l’appelant.

*Croft Michaelson et Robert A. Sigurdson*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps et Rothstein rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

#### 1. Introduction

[1] Comme il a omis de communiquer des renseignements en temps utile, le ministère public a porté atteinte au droit de l’appelant de présenter une défense pleine et entière garanti par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans le présent pourvoi de plein droit, la Cour doit décider si le juge du procès s’est fondé sur des considérations erronées en droit en ordonnant, à titre de réparation en application du par. 24(1) de la *Charte*, l’exclusion des éléments de preuve communiqués tardivement.

[2] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que le juge du procès a commis une erreur donnant lieu à révision en omettant de se demander si une réparation moins draconienne que l’exclusion d’éléments de preuve pouvait corriger le préjudice

preserving the integrity of the justice system (2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4, at para. 30).

[3] I agree with the result of the majority in the Court of Appeal. In my view, the trial judge committed a reviewable error by failing to consider whether the prejudice to the appellant could be remedied without excluding the evidence and the resulting distortion of the truth-seeking function of the criminal trial process. Under s. 24(1), where the evidence was obtained in conformity with the *Charter*, its exclusion is only available as a remedy where its admission would result in an unfair trial or would otherwise undermine the integrity of the justice system. In this case, the prejudice to the appellant's right to make full answer and defence could be remedied through an adjournment and disclosure order and there was nothing that otherwise compromised the fairness of the trial process or the integrity of the justice system.

[4] I would therefore dismiss the appeal.

## 2. Facts

[5] On December 23, 2003, the appellant was driving a motor vehicle which entered Canada from the United States at the border crossing at Del Bonita, Alberta. Upon a search of the vehicle and the utility trailer that it was towing, customs officials discovered approximately 22 kilograms of cocaine hidden in two metal drawers concealed behind the trailer's bumper. The appellant and his passenger were charged with importing cocaine and possession of cocaine for the purpose of trafficking, contrary to the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19.

[6] After pre-preliminary hearing conferences, the Crown indicated that disclosure was substantially complete. Following the preliminary hearing, the appellant pleaded not guilty and elected trial by judge and jury on February 28, 2005. A trial date was originally set for November 14, 2005, but

causé à l'appelant par la communication tardive tout en préservant l'intégrité du système de justice (2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4, par. 30).

[3] Je suis d'accord avec la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel. À mon avis, le juge du procès a commis une erreur donnant lieu à révision en omettant de se demander si le préjudice causé à l'appelant pouvait être corrigé sans exclure les éléments de preuve et dénaturer ainsi la fonction de recherche de vérité des procès criminels. Selon le par. 24(1), lorsque les éléments de preuve ont été obtenus conformément à la *Charte*, ils ne peuvent être exclus à titre de réparation que lorsque leur utilisation rendrait le procès inéquitable ou minerait autrement l'intégrité du système de justice. En l'espèce, l'atteinte au droit de l'appelant de présenter une défense pleine et entière pouvait être réparée en ordonnant un ajournement et la communication de la preuve. En outre, rien ne minait par ailleurs l'équité du procès ou l'intégrité du système de justice.

[4] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

## 2. Les faits

[5] Le 23 décembre 2003, l'appelant est entré au Canada en provenance des États-Unis au volant d'un véhicule automobile. Il est passé par le poste frontalier de Del Bonita, en Alberta. Lors de la fouille du véhicule et de la remorque utilitaire qu'il tirait, les douaniers ont découvert environ 22 kilogrammes de cocaïne cachés dans deux tiroirs métalliques dissimulés derrière le pare-chocs de la remorque. L'appelant et son passager ont été accusés d'importation et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic, infractions prévues par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19.

[6] Après les conférences préalables à l'enquête préliminaire, le ministère public a fait savoir que la communication de la preuve était pour ainsi dire achevée. Au terme de l'enquête préliminaire, l'appelant a plaidé non coupable et a choisi, le 28 février 2005, d'être jugé par un juge et un jury. La date du

the trial was adjourned at the request of the appellant because he had changed counsel. On February 14, 2006, a trial date of March 20, 2006, was also adjourned as neither counsel was ready to proceed. A new trial date of May 1, 2006, was set.

[7] On March 21, 2006, the Crown advised the appellant's counsel that disclosure of evidence concerning an accomplice was to be forthcoming. On March 24, 2006, the appellant re-elected for trial by judge alone. On March 29, 2006, the Crown disclosed a transcript of a videotaped *KGB* statement, taken on December 16, 2004, from one Robert Friedman, and indicated that Friedman would be called as a witness. On April 6, 2006, counsel for the appellant requested additional information pertaining to Friedman and the notes of the officers who dealt with Friedman, including the notes of Constable Semo and Constable Gillespie. On April 19, 2006, the Crown advised that it was aware of information concerning Constable Gillespie that was potentially relevant to the officer's credibility, character and ability to perform his duties during his involvement in the investigation of this matter and invited the appellant to bring an *O'Connor* application for access to this information.

[8] Also on April 19, 2006, the Crown provided the appellant with a five-page agreed statement of facts from another proceeding signed by another alleged accomplice, one Todd Holland, that was to be used in Holland's guilty plea and sentencing hearing. The Crown advised that it intended to call Holland as a witness at trial. Some further information was disclosed on April 22, 2006.

[9] By notice of motion before the trial judge, the appellant sought an order for a stay of proceedings on the grounds that his right to make full answer and defence had been prejudiced by the late disclosure of the evidence relating to Friedman and

procès a initialement été fixée au 14 novembre 2005. Le procès a toutefois été ajourné à la demande de l'appellant, parce qu'il avait changé d'avocat. Le 14 février 2006, le procès alors prévu pour le 20 mars 2006 a été reporté au 1<sup>er</sup> mai 2006, car aucun des avocats n'était prêt à procéder.

[7] Le 21 mars 2006, le ministère public a avisé l'avocat de l'appellant du fait que d'autres éléments de preuve allaient être communiqués relativement à un complice. Le 24 mars 2006, l'appellant a informé la cour qu'il choisissait désormais de subir son procès devant un juge seul. Le 29 mars 2006, le ministère public a communiqué la transcription d'une déclaration de type *KGB*, faite par un certain Robert Friedman et enregistrée sur bande vidéo le 16 décembre 2004 puis, a précisé que M. Friedman serait assigné comme témoin. Le 6 avril 2006, l'avocat de l'appellant a demandé des renseignements supplémentaires au sujet de M. Friedman ainsi que les notes des policiers qui l'ont rencontré, y compris celles des agents Semo et Gillespie. Le 19 avril 2006, le ministère public a fait savoir qu'il était au courant de l'existence de renseignements concernant l'agent Gillespie, susceptibles d'être pertinents quant à sa crédibilité, à son caractère et à sa capacité de s'acquitter de ses fonctions pendant l'enquête en cause en l'espèce, et a invité l'appellant à présenter une demande de type *O'Connor* afin d'y avoir accès.

[8] Toujours le 19 avril 2006, le ministère public a transmis à l'appellant un exposé conjoint des faits de cinq pages produit dans une autre instance et signé par un autre présumé complice, un certain Todd Holland. Le document devait être utilisé durant le procès de ce dernier, lors de l'audience consacrée à son plaidoyer de culpabilité et à la détermination de sa peine. Le ministère public a fait savoir qu'il avait l'intention de citer M. Holland comme témoin. D'autres renseignements ont été communiqués le 22 avril 2006.

[9] Par avis de requête déposé auprès du juge du procès, l'appellant a sollicité l'arrêt des procédures, faisant valoir que la communication tardive des éléments de preuve concernant MM. Friedman et Holland avait porté atteinte à son droit de présenter

Holland. The appellant asked, in the alternative, that the evidence of Friedman and Holland be excluded from the trial.

### 3. Decision of the Trial Judge

[10] On April 25, 2006, the trial judge ordered the exclusion of the evidence of Friedman and Holland. He held that the prejudice to the appellant resulted from the fact that,

on the eve of trial, counsel for the accused is left to speculate on what will be provided to him by way of final disclosure and how to mount a defence against an ever moving prosecution. . . .

. . . .

The simple fact is, that on the eve of trial the applicant has been confronted with partial disclosure in relation to two potentially damaging witnesses. . . . A preliminary hearing has been held, the accused has been committed to stand trial, and elections and re-elections have been made.

. . . .

. . . The use of this evidence [of Friedman and Holland] at trial is unfair and prejudicial to the accused. It renders the process unfair.

[11] The trial judge found that the late disclosure of evidence did not result from misconduct by the Crown.

[12] On the issue of the appropriate remedy, the trial judge stated:

An adjournment of the matter is nothing more than a reward for the Crown's tardiness. . . .

. . . .

. . . The proper remedy which address [*sic*] the accused's rights and balances those rights with the interest of society, is to place both the accused and the Crown in the position they occupied before the Crown attempted to introduce this new evidence.

une défense pleine et entière. À titre subsidiaire, l'appelant a demandé que les témoignages de MM. Friedman et Holland soient écartés du procès.

### 3. La décision du juge de première instance

[10] Le 25 avril 2006, le juge du procès a ordonné l'exclusion des témoignages de MM. Friedman et Holland. Il a conclu que le préjudice causé à l'appelant découlait du fait que,

[TRADUCTION] à la veille du procès, l'avocat de l'accusé ne peut que spéculer sur ce qui lui sera communiqué en définitive et sur la façon dont il pourra élaborer une défense pour répondre à une poursuite qui change sans cesse. . . .

. . . .

Le fait est que, à la veille du procès, le demandeur a été aux prises avec la communication partielle des éléments de preuve relatifs à deux témoins susceptibles de lui nuire. [ . . . ] Une enquête préliminaire a eu lieu, l'accusé a été renvoyé à procès et des choix quant au mode du procès ont été faits, puis modifiés.

. . . .

. . . Le recours aux témoignages [de MM. Friedman et Holland] au procès est inéquitable et préjudiciable à l'accusé. Cela rend le processus injuste.

[11] Le juge du procès a conclu que la communication tardive d'éléments de preuve n'était pas le fruit d'une inconduite du ministère public.

[12] Sur la question de la réparation convenable, le juge du procès a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION] Un ajournement de l'instance n'est rien de plus qu'une récompense offerte au ministère public pour avoir agi tardivement. . . .

. . . .

. . . La réparation convenable, qui prend en considération les droits de l'accusé et qui les met en balance avec les intérêts de la société, consiste à remettre tant l'accusé que le ministère public dans la situation dans laquelle ils se trouvaient avant que le ministère public tente d'introduire les nouveaux éléments de preuve.

The trial proceeded and the appellant was acquitted.

4. Decision of the Court of Appeal, 2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4

[13] The majority of the Court of Appeal held that the trial judge “committed a reviewable error . . . by failing to consider whether a less severe remedy than the exclusion of significant evidence could cure the harm done to the respondent by the late disclosure, while still preserving the integrity of the justice system” (para. 30). In this case, exclusion was not required to cure the harm to the appellant. It set aside the acquittal and ordered a new trial.

[14] Brooker J. (*ad hoc*), in dissent, held that the choice of the appropriate remedy under s. 24(1) of the *Charter* falls within the wide discretion of the trial judge. Absent the trial judge misdirecting himself or being so clearly wrong in his decision that it amounts to an injustice, there was no basis for appellate intervention in this case. He found that the trial judge considered the evidence and granted a remedy that balanced the rights of the appellant with the interests of society. He would have dismissed the appeal.

5. Standard of Review

[15] The trial judge’s choice of remedy under s. 24(1) of the *Charter* is discretionary. However, the trial judge must exercise that discretion judicially. An appellate court will intervene where the trial judge has misdirected him or herself or where the trial judge’s decision is so clearly wrong as to amount to an injustice (see *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at paras. 117-18).

6. Determining an Appropriate Remedy Under Section 24(1)

[16] This appeal raises the issue of when the exclusion of evidence will be an appropriate remedy

Le procès a suivi son cours et l’appelant a été acquitté.

4. La décision de la Cour d’appel, 2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4

[13] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que le juge du procès a [TRADUCTION] « commis une erreur donnant lieu à révision [. . .] en omettant de se demander si une réparation moins draconienne que l’exclusion d’éléments de preuve importants pouvait réparer le tort causé à l’intimé par la communication tardive tout en préservant l’intégrité du système de justice » (par. 30). En l’espèce, il n’était pas nécessaire d’écarter les éléments de preuve pour réparer le tort causé à l’appelant. Les juges majoritaires ont annulé le verdict d’acquiescement et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

[14] Dans ses motifs dissidents, le juge Brooker (*ad hoc*) a affirmé que le choix de la réparation convenable visée au par. 24(1) de la *Charte* relève du vaste pouvoir discrétionnaire conféré au juge du procès. En l’absence d’une décision du juge du procès fondée sur des considérations erronées en droit ou erronée au point de créer une injustice, rien ne justifiait l’intervention en appel en l’espèce. Il a conclu que le juge du procès avait pris la preuve en considération et avait accordé une réparation qui mettait en balance les droits de l’appelant et les intérêts de la société. Il aurait rejeté l’appel.

5. La norme de contrôle

[15] Le choix de la réparation accordée en application du par. 24(1) de la *Charte* relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, qui doit toutefois exercer ce pouvoir judiciairement. Une cour d’appel intervient lorsque le juge du procès s’est fondé sur des considérations erronées en droit ou lorsque sa décision est erronée au point de créer une injustice (voir *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117-118).

6. La détermination d’une réparation convenable pour l’application du par. 24(1)

[16] Le présent pourvoi soulève la question de savoir quand l’exclusion d’éléments de preuve

under s. 24(1) of the *Charter* for late disclosure by the Crown.

[17] The remedy of exclusion of evidence will normally arise under s. 24(2) of the *Charter*. Section 24(2) applies to evidence obtained in a manner that infringes or denies a person the rights or freedoms granted by the *Charter*. But such evidence will only be excluded if its admission would bring the administration of justice into disrepute. Section 24(2) provides:

**24. . . .**

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

[18] Remedies under s. 24(1) of the *Charter* are flexible and contextual: *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 41, 52 and 54-56. They address the most varied situations. Different considerations may come into play in the search for a proper balance between competing interests. Section 24(1) provides:

**24.** (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[19] Here, we are concerned with aspects of the conduct of a criminal trial and of the operation of the justice system, where the courts have to pass upon the guilt or innocence of an accused. While the exclusion of evidence will normally be a remedy under s. 24(2), it cannot be ruled out as a remedy under s. 24(1). However, such a remedy will only be available in those cases where a less intrusive remedy cannot be fashioned to safeguard

constitue une réparation convenable pour l'application du par. 24(1) de la *Charte* pour remédier au tort causé lorsque le ministère public procède à une communication tardive d'éléments de preuve.

[17] La réparation qui consiste à écarter des éléments de preuve découlera normalement de l'application du par. 24(2) de la *Charte* qui s'applique aux éléments de preuve obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la *Charte*. Cependant, la preuve obtenue de la sorte ne sera écartée que si son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Le paragraphe 24(2) prévoit :

**24. . . .**

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[18] Les réparations fondées sur le par. 24(1) de la *Charte* sont flexibles et contextuelles : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 41, 52 et 54-56. Elles visent à résoudre des situations on ne peut plus variées. Divers facteurs peuvent entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de mettre convenablement en balance des intérêts opposés. Le paragraphe 24(1) prévoit :

**24.** (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[19] En l'espèce, nous sommes appelés à nous pencher sur la conduite d'un procès criminel et sur le fonctionnement du système de justice, dans le contexte où les tribunaux doivent se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence d'un accusé. Bien que l'exclusion d'éléments de preuve soit une réparation découlant normalement de l'application du par. 24(2), elle ne peut être écartée d'emblée comme réparation pouvant être accordée en application du

the fairness of the trial process and the integrity of the justice system.

[20] Before being entitled to a remedy under s. 24(1), the party seeking such a remedy must establish a breach of his or her *Charter* rights. In a case of late disclosure, the underlying *Charter* infringement will normally be to s. 7. Section 7 of the *Charter* protects the right of the accused to make full answer and defence. In order to make full answer and defence, the Crown must provide the accused with complete and timely disclosure: see *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. The purpose underlying the Crown's obligation to disclose is explained by Rosenberg J.A. in *R. v. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514, at para. 26:

Put simply, disclosure is a means to an end. Full prosecution disclosure is to ensure that the accused receives a fair trial, that the accused has an adequate opportunity to respond to the prosecution case and that in the result the verdict is a reliable one.

[21] However, the Crown's failure to disclose evidence does not, in and of itself, constitute a violation of s. 7. Rather, an accused must generally show "actual prejudice to [his or her] ability to make full answer and defence" (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 74) in order to be entitled to a remedy under s. 24(1).

[22] While the accused must receive a fair trial, the trial must be fair from both the perspective of the accused and of society more broadly. In *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, McLachlin J. (as she then was) provided guidance on what is meant by trial fairness. She stated, at para. 45, that:

At base, a fair trial is a trial that appears fair, both from the perspective of the accused and the perspective of the community. A fair trial must not be confused with the most advantageous trial possible from

par. 24(1). Cependant, seules les circonstances où il est impossible de concevoir une réparation moins draconienne pour sauvegarder l'équité du procès et l'intégrité du système de justice donnent ouverture à une telle réparation.

[20] Avant d'avoir droit à une réparation visée au par. 24(1), la partie qui la demande doit prouver une violation de ses droits garantis par la *Charte*. En cas de communication tardive, il y a normalement atteinte sous-jacente aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* qui protège le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Pour que l'accusé puisse se prévaloir de ce droit, le ministère public doit lui communiquer l'ensemble de la preuve en temps utile : voir *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Au paragraphe 26 de l'arrêt *R. c. Horan*, 2008 ONCA 589, 237 C.C.C. (3d) 514, le juge Rosenberg explique l'objectif sous-jacent de l'obligation de communiquer qui incombe au ministère public :

[TRADUCTION] En termes simples, la communication est un moyen de parvenir à une fin. En effet, la communication intégrale par le ministère public sert à garantir que l'accusé subit un procès équitable, qu'il a une chance réelle de répondre à la preuve de la poursuite et que, en définitive, le verdict est fiable.

[21] Toutefois, l'omission par le ministère public de communiquer des éléments de preuve ne constitue pas, en soi, une violation de l'art. 7. En effet, pour avoir droit à une réparation en application du par. 24(1), l'accusé devra généralement faire la preuve d'« un préjudice véritable quant à la possibilité pour [lui] de présenter une défense pleine et entière » (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 74).

[22] S'il est vrai que l'accusé doit subir un procès équitable, le procès doit être équitable tant du point de vue de l'accusé que de celui de la société dans son ensemble. Au paragraphe 45 de l'arrêt *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a indiqué ce qu'on entend par procès équitable :

Au départ, un procès équitable est un procès qui paraît équitable, tant du point de vue de l'accusé que de celui de la collectivité. Il ne faut pas confondre un procès équitable avec le procès le plus avantageux possible du point de

the accused's point of view: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362, *per* La Forest J. Nor must it be conflated with the perfect trial; in the real world, perfection is seldom attained. A fair trial is one which satisfies the public interest in getting at the truth, while preserving basic procedural fairness for the accused. [Emphasis added.]

[23] Apart from ensuring trial fairness, there is one other circumstance in which late disclosed evidence might be excluded. That is where to admit the evidence would compromise the integrity of the justice system.

[24] Thus, a trial judge should only exclude evidence for late disclosure in exceptional cases: (a) where the late disclosure renders the trial process unfair and this unfairness cannot be remedied through an adjournment and disclosure order or (b) where exclusion is necessary to maintain the integrity of the justice system. Because the exclusion of evidence impacts on trial fairness from society's perspective insofar as it impairs the truth-seeking function of trials, where a trial judge can fashion an appropriate remedy for late disclosure that does not deny procedural fairness to the accused and where admission of the evidence does not otherwise compromise the integrity of the justice system, it will not be appropriate and just to exclude evidence under s. 24(1).

[25] This view is reflected in cases such as *O'Connor* that have considered whether a stay is the appropriate remedy for late or insufficient disclosure under s. 24(1). As *L'Heureux-Dubé J.*, for the majority, stated in *O'Connor*, at para. 83:

In such circumstances [of late or insufficient Crown disclosure and a consequent s. 7 breach], the court must fashion a just and appropriate remedy, pursuant to s. 24(1). Although the remedy for such a violation will typically be a disclosure order and adjournment, there may be some extreme cases where the prejudice to the accused's ability to make full answer and defence or to

vue de l'accusé : *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362, le juge La Forest. Il ne faut pas l'assimiler non plus au procès parfait; dans la réalité, la perfection est rarement atteinte. Le procès équitable est celui qui répond à l'intérêt qu'a le public à connaître la vérité, tout en préservant l'équité fondamentale en matière de procédure pour l'accusé. [Je souligne.]

[23] Mis à part les cas où elle sert à garantir l'équité du procès, l'exclusion d'éléments de preuve communiqués tardivement peut être ordonnée pour un autre motif : si leur utilisation portait atteinte à l'intégrité du système de justice.

[24] Ainsi, un juge de première instance ne devrait écarter des éléments de preuve communiqués tardivement que dans des cas exceptionnels : a) lorsque la communication tardive rend le procès inéquitable et qu'il ne peut être remédié à cette iniquité grâce à un ajournement et à une ordonnance de communication ou b) lorsque l'exclusion est nécessaire pour maintenir l'intégrité du système de justice. Puisque l'exclusion d'éléments de preuve a une incidence sur l'équité du procès du point de vue de la société, dans la mesure où elle entrave la fonction de recherche de la vérité du procès, lorsque le juge du procès peut concevoir une réparation convenable — pour pallier la communication tardive — qui ne prive pas l'accusé de l'équité procédurale et lorsque l'utilisation des éléments de preuve ne porte par autrement atteinte à l'intégrité du système de justice, il ne sera ni convenable ni juste de les exclure en application du par. 24(1).

[25] Ce point de vue ressort de certains jugements, tel *O'Connor*, où les tribunaux se sont demandé si l'arrêt des procédures constitue la réparation convenable visée au par. 24(1) lorsque le ministère public procède à une communication tardive ou insuffisante. Comme l'a affirmé la juge *L'Heureux-Dubé*, au nom des juges majoritaires, au par. 83 de l'arrêt *O'Connor* :

Dans ces circonstances [où la communication tardive ou insuffisante d'éléments de preuve par le ministère public entraîne une violation de l'art. 7], la cour doit façonner une réparation convenable et juste, conformément au par. 24(1). Bien que, dans le cas d'une telle violation, la réparation soit typiquement une ordonnance de divulgation et un ajournement, il peut y avoir des cas extrêmes où le

the integrity of the justice system is irremediable. In those “clearest of cases”, a stay of proceedings will be appropriate.

[26] This statement recognized that the appropriate focus in most cases of late or insufficient disclosure under s. 24(1) is the remediation of prejudice to the accused, but that safeguarding of the integrity of the justice system will also be a relevant concern. Of course the prejudice complained of must be material and not trivial. For example, the exclusion of evidence may be warranted where the evidence is produced mid-trial after important and irrevocable decisions about the defence have been made by the accused. Even then, it is for the accused to demonstrate how the late disclosed evidence would have affected the decisions that were made. For purposes of trial fairness, only where prejudice cannot be remedied by an adjournment and disclosure order will exclusion of evidence be an appropriate and just remedy.

[27] There may also be instances where an adjournment and disclosure order may not be appropriate because admission of evidence compromises the integrity of the justice system. For example, as Rosenberg J.A. stated in *Horan*, at para. 31:

In some cases, an adjournment may not be an appropriate or just remedy if the result would be to unreasonably delay the trial of an in-custody accused. In such a case, an appropriate remedy could be exclusion of the undisclosed evidence. However, the burden is on the accused to demonstrate that exclusion of the evidence was appropriate.

In other words, where an accused is in pre-trial custody, an adjournment that significantly prolongs the custody before trial may be seen as compromising the integrity of the justice system. The exclusion of evidence may also be an appropriate and just

préjudice causé à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou à l'intégrité du système judiciaire soit irréparable. Dans ces « cas les plus manifestes », l'arrêt des procédures sera approprié.

[26] Cette affirmation reconnaît que, dans la plupart des cas de communication tardive ou insuffisante, l'analyse fondée sur le par. 24(1) doit être centrée sur la réparation du préjudice causé à l'accusé, même si la sauvegarde de l'intégrité du système de justice est aussi un facteur pertinent. Bien entendu, le préjudice allégué doit être important et non pas insignifiant. Par exemple, l'exclusion de certains éléments de preuve peut être justifiée lorsqu'ils sont produits à mi-procès, après que l'accusé a pris des décisions importantes et irrévocables quant à sa défense. Toutefois, même dans ces cas, c'est à l'accusé que revient le fardeau de démontrer comment les éléments de preuve communiqués tardivement auraient influé sur les décisions qui ont été prises s'ils avaient été communiqués en temps utile. Pour assurer l'équité des procès, ce n'est que lorsqu'il ne peut être remédié au préjudice en ordonnant l'ajournement de l'instance et la communication de la preuve que l'exclusion des éléments de preuve constituera une réparation convenable et juste.

[27] Il se pourrait aussi que, dans certains cas, ordonner l'ajournement de l'instance et la communication de la preuve ne constitue pas une réparation convenable parce que l'utilisation des éléments de preuve compromettrait l'intégrité du système de justice. À titre d'exemple, comme l'a affirmé le juge Rosenberg de la Cour d'appel au par. 31 de l'arrêt *Horan* :

[TRADUCTION] Dans certains cas, un ajournement pourrait ne pas constituer une réparation convenable et juste si le procès d'un accusé placé sous garde subissait pour cette raison un retard déraisonnable. Dans un tel cas, l'exclusion des éléments de preuve non communiqués pourrait constituer une réparation convenable. Cependant, il incombe à l'accusé de prouver que l'exclusion est convenable.

Autrement dit, lorsque l'accusé est placé sous garde avant procès, un ajournement qui prolonge considérablement la détention avant procès pourrait sembler compromettre l'intégrité du système de justice. L'exclusion d'éléments de preuve peut aussi

remedy where the Crown has withheld evidence through deliberate misconduct amounting to an abuse of process. Yet even in such circumstances, society's interest in a fair trial that reaches a reliable determination of the accused's guilt or innocence based on all of the available evidence cannot be ignored. This will especially be true where the underlying offense is a serious one: see *O'Connor*, at para. 78. In clear cases, however, the exclusion of evidence may be an appropriate and just remedy under s. 24(1) in order to preserve the integrity of the justice system.

#### 7. Application to the Facts

[28] There is no doubt that the late disclosure to the appellant in this case was prejudicial to his right to make full answer and defence. However, there is no suggestion that the police in this case obtained the impugned evidence in breach of the *Charter*. Section 24(1), and not s. 24(2), was therefore the appropriate remedial provision through which to remedy the prejudice to the appellant.

[29] There was also no finding of deliberate Crown misconduct or any other reason to believe that the integrity of the justice system was compromised. In this case, on the motion before the trial judge, the Crown submitted that the impugned evidence was not disclosed to the appellant earlier because of concerns that to do so would imperil a witness and compromise an ongoing investigation. While the trial judge did not accept that the Crown's concerns were well-founded in this case, he did not find that the Crown had engaged in deliberate misconduct. Rather, he stated clearly, "I do not suggest the Crown has been unethical or malicious." There is no suggestion that the appellant was held in pre-trial custody.

[30] The question is, having regard to the interest of society in a fair trial, whether the prejudice to

constituer une réparation convenable et juste lorsque le ministère public a retenu les éléments de preuve par suite d'une conduite délibérée équivalant à un abus de procédure. Il n'empêche que, même dans de telles circonstances, on ne peut ignorer l'intérêt de la société à ce qu'un procès équitable détermine de manière fiable la culpabilité ou l'innocence de l'accusé sur la foi de tous les éléments de preuve existants. Cela s'avère, surtout lorsque l'infraction sous-jacente est grave : voir *O'Connor*, par. 78. Toutefois, dans les cas clairs, l'exclusion d'éléments de preuve peut constituer une réparation convenable et juste en l'application du par. 24(1) afin de préserver l'intégrité du système de justice.

#### 7. L'application aux faits

[28] Il ne fait aucun doute que la communication tardive d'éléments de preuve à l'appellant était préjudiciable à son droit de présenter une défense pleine et entière. Toutefois, en l'espèce, rien n'indique que les policiers ont obtenu ces éléments de preuve en contravention de la *Charte*. Le paragraphe 24(1), et non le par. 24(2), était donc la disposition réparatrice à appliquer pour remédier au préjudice causé à l'appellant.

[29] Le juge du procès n'a pas non plus conclu à une conduite délibérée du ministère public ou à l'existence d'un autre motif de croire que l'intégrité du système de justice était compromise. En l'espèce, en réponse à la requête dont a été saisi le juge du procès, le ministère public a fait valoir que les éléments de preuve en cause n'avaient pas été communiqués plus tôt à l'appellant de crainte qu'une telle communication ne mette un témoin en danger et ne compromette une enquête en cours. Même si le juge du procès a conclu que les préoccupations du ministère public n'étaient pas fondées en l'espèce, il n'a pas conclu à une conduite délibérée de ce dernier. Il a plutôt affirmé clairement : [TRADUCTION] « Je ne suggère pas que le ministère public ait agi sans éthique ou malicieusement. » Rien ne laisse croire par ailleurs que l'appellant ait été mis sous garde avant procès.

[30] La question à trancher est celle de savoir si, compte tenu de l'intérêt de la société pour que soit

the appellant could have been cured by an adjournment and disclosure order. The trial judge's concern was that an adjournment would simply be a reward to the Crown for its late disclosure. However, the integrity of the justice system was not at issue. Therefore, the trial judge had only to consider whether an adjournment and disclosure order was an appropriate remedy to cure the actual prejudice to the appellant's right to a fair trial. This the trial judge did not do.

[31] The appellant argued that his right to a fair trial was prejudiced because he obtained disclosure only after he elected trial by judge alone. As pointed out by the majority in the Court of Appeal however, he knew that disclosure would be forthcoming before he elected and, in any event, the opportunity to re-elect could have formed part of the s. 24(1) remedial order.

[32] The appellant also says that his right to a fair trial was prejudiced because he was denied the right to cross-examine Friedman and Holland at a preliminary hearing. Cross-examining a witness at a preliminary hearing, however, is not a component of the right to make full answer and defence. What is protected under s. 7 is the right to make full answer and defence at trial, not the right to cross-examine a witness at a preliminary hearing.

[33] In *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551 (C.A.), Martin J.A. considered whether the *Charter* afforded the accused a right to question a witness at a preliminary inquiry. The case against the accused was proceeding by direct indictment. As a result, no preliminary inquiry was held and the accused had no opportunity to cross-examine a "key witness" (p. 562). The Crown had provided the accused with the testimony of this witness at the preliminary inquiry of an accomplice of the accused as well as that same witness's testimony from the accomplices' trial. The Crown had further provided the accused with other statements that had

tenu un procès équitable, il aurait pu être remédié au préjudice causé à l'appellant en ordonnant un ajournement de l'instance et la communication de la preuve. Le juge du procès craignait qu'un ajournement constitue en fait une récompense offerte au ministère public pour la communication tardive. Pourtant, l'intégrité du système de justice n'était pas en cause. Le juge du procès devait donc se contenter de se demander si un ajournement de l'instance et une ordonnance de communication de la preuve constituaient une réparation convenable pour pallier l'atteinte réelle au droit de l'appellant à un procès équitable. Le juge du procès ne l'a pas fait.

[31] L'appellant a soutenu qu'il a été porté atteinte à son droit à un procès équitable parce qu'il a obtenu la communication des éléments de preuve seulement après avoir opté pour un procès devant un juge seul. Toutefois, comme l'ont souligné les juges majoritaires de la Cour d'appel, il savait avant de faire son choix que des renseignements lui seraient communiqués sous peu et, de toute façon, l'ordonnance réparatrice fondée sur le par. 24(1) aurait pu prévoir la possibilité de faire un nouveau choix.

[32] L'appellant prétend également qu'il a été porté atteinte à son droit à un procès équitable parce qu'il a été privé du droit de contre-interroger MM. Friedman et Holland à l'enquête préliminaire. Or, ce droit n'est pas une composante du droit de présenter une défense pleine et entière. L'article 7 protège le droit de présenter une défense pleine et entière au procès, et non le droit de contre-interroger un témoin à l'enquête préliminaire.

[33] Dans *Re Regina and Arviv* (1985), 51 O.R. (2d) 551 (C.A.), le juge Martin s'est demandé si la *Charte* accordait à l'accusé le droit d'interroger un témoin à l'enquête préliminaire. Dans cette affaire, comme le ministère public avait procédé par voie de mise en accusation directe, aucune enquête préliminaire n'avait été tenue et l'accusé n'avait pas eu l'occasion de contre-interroger un [TRADUCTION] « témoin clé » (p. 562). Le ministère public avait fourni à l'accusé la déposition de ce témoin à l'enquête préliminaire d'un de ses complices ainsi que le témoignage livré par ce même témoin lors du procès des complices. Le ministère public avait également

been made by the witness, including a videotaped statement that the witness had made to the police (pp. 561-62).

[34] Martin J.A. stated, at pp. 560 and 562:

The constitutional standard which a criminal trial must satisfy under s. 7 of the Charter is the standard encompassed by the concept “the principles of fundamental justice”. The so-called “right” to a preliminary hearing is not elevated to a constitutional right under the Charter. . . .

. . . We are not prepared to hold and, in our view, are not entitled to hold, that the failure to provide the opportunity to cross-examine, even a key witness, prior to the giving of evidence by that witness at the trial, *per se*, contravenes the Charter, where full disclosure of the Crown’s case and of the witness’s evidence has been made.

I agree with the principle expressed by Martin J.A. There is no independent *Charter* right to cross-examine a witness at a preliminary inquiry. As stated above, s. 7 of the *Charter* protects the right of the accused to make full answer and defence. As indicated, in order to make full answer and defence, the Crown must provide the accused with disclosure (see *Stinchcombe*). However, this does not mean that the accused has a *Charter* right to a particular method of disclosure.

[35] In *R. v. Sterling* (1993), 113 Sask. R. 81, the Saskatchewan Court of Appeal considered whether, in light of this Court’s decision in *Stinchcombe*, the accused had a *Charter* right to cross-examine a witness at a preliminary inquiry. After endorsing the judgment of Martin J.A. in *Arviv*, Wakeling J.A., concurring, said, at para. 77:

The principle appears to have been established that production of witnesses, which is what a preliminary hearing produces, is not an essential component of fundamental justice so long as full disclosure is otherwise given by the Crown.

remis à l’accusé d’autres déclarations faites par le témoin, y compris une déclaration enregistrée sur bande vidéo faite aux policiers (p. 561-562).

[34] Le juge Martin s’est exprimé ainsi aux p. 560 et 562 :

[TRADUCTION] Aux termes de l’art. 7 de la Charte, la norme constitutionnelle que doit respecter un procès en matière criminel est celle visée par les « principes de justice fondamentale ». Le soi-disant « droit » à une enquête préliminaire n’est pas élevé au rang de droit constitutionnel garanti par la Charte. . . .

. . . Nous ne sommes pas prêts à conclure — et, à notre avis, nous ne sommes pas autorisés à conclure — que le défaut de fournir la possibilité de contre-interroger, même un témoin clé, avant sa déposition au procès viole en soi la Charte, lorsqu’il y a eu communication complète de la preuve du ministère public et du témoin.

Je suis d’accord avec le principe exprimé par le juge Martin. Il n’existe aucun droit distinct conféré par la *Charte* de contre-interroger un témoin à l’enquête préliminaire. Je le répète, l’art. 7 de la *Charte* protège le droit de l’accusé de présenter une défense pleine et entière et, pour que l’accusé puisse se prévaloir de ce droit, le ministère public est tenu de lui communiquer la preuve (voir *Stinchcombe*). Cela ne signifie pas pour autant que la *Charte* garantit à l’accusé le droit à une méthode particulière de communication.

[35] Dans *R. c. Sterling* (1993), 113 Sask. R. 81, la Cour d’appel de la Saskatchewan a examiné la question de savoir si, compte tenu de l’arrêt *Stinchcombe*, de notre Cour, la *Charte* garantissait à l’accusé le droit de contre-interroger un témoin à l’enquête préliminaire. Après avoir souscrit au jugement du juge Martin dans *Arviv*, le juge Wakeling — rédigeant des motifs concordants — a écrit ce qui suit au par. 77 :

[TRADUCTION] Il semble avoir été établi que la comparaison de témoins, ce à quoi donnent lieu les enquêtes préliminaires, n’est pas un élément essentiel de la justice fondamentale pour autant que le ministère public communique par ailleurs toute la preuve.

[36] Although the primary purpose of the preliminary inquiry is to enable a provincial court judge to determine whether an accused should be committed for trial, as noted by Martin J.A. in *Arviv*, at p. 560, “the preliminary hearing does serve the ancillary purpose of providing a discovery of the Crown’s case”. However, if Crown disclosures are otherwise complete, then the accused’s s. 7 right has not been infringed by his not being able to cross-examine a witness at a preliminary hearing. The discovery purpose of the preliminary inquiry has been met through other means, such as providing the accused with witness statements.

[37] In the present case, the Crown provided the appellant with disclosure, albeit late. In light of the fact that disclosure was ultimately provided to the appellant, the appellant’s s. 7 right to make full answer and defence was not infringed by his inability to cross-examine the potential Crown witnesses at a preliminary hearing. The appellant was provided with a transcript of a videotaped *KGB* statement of one accomplice, as well as an agreed statement of facts that formed the basis for a guilty plea and sentencing of the other accomplice. This material provided the appellant with sufficient disclosure of the Crown’s case against him. The appellant could make full answer and defence as guaranteed by s. 7 of the *Charter* without the need to cross-examine these witnesses at a preliminary inquiry. The prejudice resulting to the appellant from this late Crown disclosure would therefore have been cured by an adjournment to provide the appellant with an opportunity to consider this new evidence against him.

[38] Unlike the exclusion of the impugned evidence ordered by the trial judge, an adjournment would have preserved society’s interest in a fair trial while still curing the prejudice to the accused. Had he properly directed himself, this should have been the remedy ordered.

[36] Bien que l’objectif premier de l’enquête préliminaire soit de permettre au juge d’une cour provinciale de décider si un accusé devrait être renvoyé à procès, comme l’a souligné le juge Martin dans *Arviv*, à la p. 560, [TRADUCTION] « l’enquête préliminaire sert accessoirement à communiquer la preuve du ministère public ». Toutefois, si la communication de la preuve du ministère public est par ailleurs complète, le droit de l’accusé garanti par l’art. 7 n’a pas été violé du fait qu’il n’a pas pu contre-interroger un témoin à l’enquête préliminaire. L’objectif de la communication à l’enquête préliminaire a été atteint par d’autres moyens, notamment par la fourniture de déclarations des témoins à l’accusé.

[37] En l’espèce, même s’il l’a fait tardivement, le ministère public a communiqué la preuve à l’appellant. Comme ce dernier a finalement obtenu cette communication, son droit garanti à l’art. 7 de présenter une défense pleine et entière n’a pas été violé du fait qu’il n’a pas pu contre-interroger les témoins potentiels du ministère public lors de l’enquête préliminaire. L’appellant a reçu la transcription d’une déclaration de type *KGB* enregistrée sur bande vidéo faite par un de ses complices ainsi qu’un exposé conjoint des faits sur lequel est fondé le plaidoyer de culpabilité et la peine de l’autre complice. Ces documents fournis à l’appellant constituaient une communication suffisante de la preuve que le ministère public entendait présenter contre lui. L’appellant pouvait présenter une défense pleine et entière, comme le garantit l’art. 7 de la *Charte*, sans avoir besoin de contre-interroger ces témoins à l’enquête préliminaire. Le préjudice causé à l’appellant en raison de la communication tardive de la preuve par le ministère public aurait donc pu être réparé par un ajournement. Une telle mesure aurait permis à l’appellant d’examiner les nouveaux éléments de preuve présentés contre lui.

[38] Contrairement à l’exclusion des éléments de preuve en cause ordonnée par le juge du procès, un ajournement aurait protégé l’intérêt de la société à ce que soit tenu un procès équitable tout en réparant le préjudice causé à l’accusé. Si le juge du procès ne s’était pas fondé sur des considérations erronées, il aurait ordonné cette réparation.

8. Conclusion

[39] By ordering exclusion of evidence, the trial judge did not impose an appropriate and just remedy when an adjournment and disclosure order would have sufficiently addressed the prejudice to the appellant while preserving society's interest in a fair trial. I am of the respectful opinion that, in doing so, the trial judge misdirected himself.

[40] I would dismiss the appeal and confirm the order of the Court of Appeal for a new trial.

The reasons of Binnie, Fish and Abella JJ. were delivered by

FISH J. (dissenting) —

I

[41] The order of the trial judge that concerns us here is subject to appellate interference only if the Court abandons the governing principles adopted by the Court itself nearly a quarter-century ago — and has since then repeatedly and consistently applied. I would decline to do so.

[42] Briefly stated, these are the governing principles. On an application under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, once an infringement has been established, the trial judge must grant “such remedy as [is] appropriate and just in the circumstances”. The remedy granted must vindicate the rights of the claimant, be fair to the party against whom it is ordered, and consider all other relevant circumstances. Appellate courts may interfere with a trial judge's exercise of discretion only if the trial judge has erred in law or rendered an unjust decision. This is particularly true of remedies granted by trial judges under s. 24(1) of the *Charter*, which by its very terms confers on trial judges the *widest possible discretion*. Finally, appellate courts must take particular care not to substitute their own exercise of discretion for that of the trial judge merely because they would

8. Conclusion

[39] En ordonnant l'exclusion des éléments de preuve, le juge du procès n'a pas accordé une réparation convenable et juste puisqu'un ajournement et une ordonnance de communication auraient suffisamment réparé le préjudice causé à l'appelant tout en préservant l'intérêt de la société à ce que soit tenu un procès équitable. Avec égards, j'estime que le juge du procès a ainsi commis une erreur de droit.

[40] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel visant la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs des juges Binnie, Fish et Abella rendus par

LE JUGE FISH (dissident) —

I

[41] L'ordonnance du juge de première instance faisant l'objet du présent pourvoi ne peut être modifiée en appel que si la Cour abandonne les principes applicables qu'elle a elle-même établis il y a près d'un quart de siècle — et qu'elle a depuis lors appliqués invariablement et à maintes reprises. Je m'abstiendrai de le faire.

[42] Voici un résumé des principes en question. Sur présentation d'une demande fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dès lors qu'une violation a été établie, le juge du procès doit accorder « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». La réparation doit assurer la protection des droits du demandeur, être équitable pour la partie visée par l'ordonnance et tenir compte de toutes les autres circonstances pertinentes. Un tribunal d'appel peut modifier la décision rendue par un juge du procès qui a exercé son pouvoir discrétionnaire uniquement si ce dernier a commis une erreur de droit ou rendu une décision injuste. Cela est particulièrement vrai s'il s'agit d'une réparation accordée par un juge de première instance sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte* dont le libellé même confère le *plus vaste pouvoir discrétionnaire possible* à ce

have granted a more generous or more limited remedy.

[43] Justice Rothstein would confine the broad and unfettered discretion of trial judges under s. 24(1) of the *Charter* to two narrow circumstances. In my respectful view, this proposed change in the law is unwarranted, inconsistent with prior decisions of the Court and incompatible with the plain language and evident purpose of s. 24(1) of the *Charter*.

[44] With respect, moreover, the new standard proposed by my colleague is inappropriate for other reasons as well.

[45] First, it introduces for exclusion of evidence as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* the same exacting standard that until now has been uniquely reserved for a far more drastic remedy — a stay of proceedings. At best, this fusion of the formerly distinct tests invites confusion regarding their application to the two distinct remedies. At worst, the fused test eliminates exclusion of evidence as a live option under s. 24(1).

[46] Second, the test for exclusion proposed by my colleague takes no account of the *nature* of the constitutional violation or infringement, limiting the remedy of exclusion without regard to which *Charter* right or freedom has been abridged.

[47] Third, the proposed test regulates the discretionary remedy of exclusion under s. 24(1) of the *Charter* more closely, and more intrusively, than an order of exclusion under s. 24(2). This strikes me as particularly incongruous: The plain language of both provisions makes it perfectly clear that a trial judge's discretion under s. 24(1) is *broader*, not *narrower*, than under s. 24(2). Moreover, under

dernier. Enfin, les tribunaux d'appel doivent tout particulièrement se garder de substituer l'exercice de leur propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge du procès simplement parce qu'ils auraient accordé une réparation plus généreuse ou plus limitée.

[43] Le juge Rothstein limiterait à deux cas précis l'exercice du pouvoir discrétionnaire général et absolu que le par. 24(1) de la *Charte* confère aux juges de première instance. Avec égards, j'estime que le changement proposé au droit n'est pas justifié et est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour ainsi qu'avec le libellé clair et l'objet évident du par. 24(1) de la *Charte*.

[44] En outre, selon moi, d'autres raisons permettent de conclure que le nouveau critère proposé par mon collègue est inapproprié.

[45] Premièrement, le test proposé soumet l'exclusion d'éléments de preuve — en tant que mesure réparatrice accordée en application du par. 24(1) de la *Charte* — aux normes exigeantes ayant jusqu'à maintenant été réservées à une mesure réparatrice beaucoup plus draconienne : l'arrêt des procédures. Dans le meilleur scénario, la fusion de deux critères auparavant distincts jette de la confusion quant à l'application de deux mesures réparatrices distinctes. Dans le pire scénario, les critères amalgamés écartent l'exclusion d'éléments de preuve en tant que mesure réparatrice visée par le par. 24(1).

[46] Deuxièmement, le test applicable pour décider de l'exclusion d'éléments de preuve proposé par mon collègue ne tient pas compte de la *nature* de l'atteinte ou de la violation constitutionnelle, en ce qu'il restreint son application sans égard au droit ou à la liberté garanti par la *Charte* ayant été violé.

[47] Troisièmement, le test proposé assujettit la mesure réparatrice discrétionnaire consistant à exclure des éléments de preuve en application du par. 24(1) de la *Charte* à des règles plus précises et plus envahissantes que celles qui régissent une ordonnance d'exclusion rendue en application du par. 24(2). Cela me paraît particulièrement incongru : en effet, il est parfaitement clair suivant le

the narrow test proposed by my colleague, trial courts would be *precluded* from granting exclusion as a remedy under s. 24(1), yet *required* by the panoply of factors just recently set out in *Grant* to order exclusion under s. 24(2) in analogous circumstances. See *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, particularly at para. 71.

[48] For these reasons and for the reasons that follow, I agree with Brooker J. (*ad hoc*), dissenting in the Court of Appeal (2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4), that the trial judge committed no reviewable error in exercising his discretion as he did.

[49] With respect for those who are of a different view, I would therefore allow the appeal, set aside the order for a new trial, and restore the verdict at trial.

## II

[50] It is undisputed that the appellant's constitutional right to timely disclosure, guaranteed by s. 7 of the *Charter*, was infringed by the Crown in this case. And it is undisputed as well that the appellant was therefore entitled to a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

[51] The Court has made it clear, time and time again, that orders under s. 24(1) should be disturbed on appeal "only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice": *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 117. Justice Rothstein, at para. 15, reaffirms this standard of review.

libellé des deux dispositions que le pouvoir discrétionnaire du juge du procès visé au par. 24(1) est *plus large*, et non *plus restreint*, que celui que lui confère le par. 24(2). De plus, le test étroit proposé par mon collègue aurait pour effet *d'empêcher* les tribunaux de première instance d'ordonner l'exclusion d'éléments de preuve à titre de réparation en application du par. 24(1), bien que cette mesure soit *nécessaire* compte tenu de la panoplie des facteurs tout récemment énoncés dans l'arrêt *Grant* pour ordonner l'exclusion d'éléments de preuve en application du par. 24(2) dans des circonstances similaires. Voir *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, plus particulièrement au par. 71.

[48] Pour ces motifs et pour les motifs qui suivent, je souscris à l'opinion du juge Brooker (*ad hoc*), dissident en Cour d'appel (2007 ABCA 425, 83 Alta. L.R. (4th) 4), selon laquelle le juge du procès n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle judiciaire dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

[49] Avec égards pour les tenants de l'opinion contraire, je serais donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès et de rétablir le verdict prononcé au procès.

## II

[50] Nul ne conteste que, en l'espèce, le ministère public a porté atteinte au droit fondamental de l'appelant, garanti par l'art. 7 de la *Charte*, d'obtenir communication de la preuve en temps utile. Personne ne conteste non plus que l'appelant avait donc droit à une réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte*.

[51] À maintes reprises, notre Cour a clairement indiqué que les ordonnances rendues en application du par. 24(1) ne devraient être modifiées en appel « que si [le juge du procès] s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice » : *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117. Le juge Rothstein, au par. 15, confirme cette norme de contrôle.

[52] There is no suggestion in Justice Rothstein's reasons that the trial judge in this case exercised his discretion unreasonably or in a manner that amounted to an injustice. Rather, my colleague finds that the trial judge, in excluding the previously undisclosed evidence, erred in law. As I stated at the outset, the trial judge's exercise of discretion in this regard can properly be characterized as an error of law *only if we change the law*. And with the greatest of respect, as likewise stated at the outset, I believe the change in the law proposed by Justice Rothstein is unwarranted, inconsistent with prior decisions of the Court and incompatible with the plain language and evident purpose of s. 24(1) of the *Charter*.

[53] The full extent of a trial judge's discretion in crafting a remedy under s. 24(1) was recognized by the Court in the earliest days of the *Charter*, and has since then been reaffirmed in the clearest of terms:

It is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion [than that of s. 24(1)]. It is impossible to reduce this wide discretion to some sort of binding formula for general application in all cases, and it is not for appellate courts to pre-empt or cut down this wide discretion.

(*Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 965. Cited with approval in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paras. 24, 50 and 52; in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, *per* La Forest J., at p. 640; and again in *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575.)

[54] As if for added emphasis, McLachlin C.J., speaking for the Court in *974649 Ontario*, at para. 18, described s. 24(1) as “confer[ring] the widest possible discretion on a court to craft remedies for violations of *Charter* rights”.

[52] Rien dans les motifs du juge Rothstein ne donne à penser que, en l'espèce, le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable ou de façon à créer une injustice. Mon collègue a plutôt conclu que le juge du procès a commis une erreur en excluant les éléments de preuve que le ministère public n'avait pas communiqués antérieurement. Comme je l'ai dit au départ, *ce n'est que si nous modifions le droit* que la façon dont le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire peut être considérée comme une erreur de droit. Et, en toute déférence, comme je l'ai également signalé au début des présents motifs, j'estime que le changement proposé au droit par le juge Rothstein n'est pas justifié et est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour ainsi qu'avec le libellé clair et l'objet évident du par. 24(1) de la *Charte*.

[53] Dès les premiers jours d'existence de la *Charte* et depuis, en termes on ne peut plus clairs, notre Cour a reconnu l'existence du vaste pouvoir discrétionnaire dont disposent les juges du procès afin de concevoir une réparation pour l'application du par. 24(1) :

Il est difficile de concevoir comment on pourrait donner au tribunal un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu [que celui qui est conféré par le par. 24(1)]. Ce large pouvoir discrétionnaire n'est tout simplement pas réductible à une espèce de formule obligatoire d'application générale à tous les cas, et les tribunaux d'appel ne sont nullement autorisés à s'approprier ce large pouvoir discrétionnaire ni à en restreindre la portée.

(*Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 965-966. Cité avec approbation dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 24, 50 et 52; dans *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, le juge La Forest, p. 640; et également dans *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575.)

[54] Comme si elle souhaitait insister sur ce point, la juge en chef McLachlin, qui s'exprimait au nom de la Cour dans *974649 Ontario*, a indiqué au par. 18 de ses motifs que le par. 24(1) « accord[e] au tribunal le plus vaste pouvoir discrétionnaire possible aux fins d'élaboration des réparations applicables en cas de violations des droits garantis par la *Charte* ».

[55] Justice Rothstein proposes that this broad and unfettered discretion be henceforth narrowly constrained. Under my colleague's novel approach — I say “novel” because it is entirely unsupported by precedent — evidence may be excluded as a remedy under s. 24(1) of the *Charter in two circumstances only*: (1) where its admission would result in an unfair trial and the unfairness cannot be remedied by any lesser remedy; or (2) where exclusion of the evidence is necessary to preserve the integrity of the justice system (paras. 23, 24 and 27). And this second exceptional circumstance is itself limited to “clear cases” where countervailing interests — such as society's interest in having all available evidence presented at trial — are outweighed (para. 27).

[56] In short, the *Charter* entitles anyone whose rights or freedoms have been infringed “to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances”. This “widest possible discretion” is subject to appellate interference, as we have seen, “only if the trial judge misdirects himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice” (*Regan*, at para. 117). There is no suggestion, I repeat, that the trial judge's decision in this case amounted to an injustice. On the contrary, the trial judge exercised his discretion reasonably, and well within the broad limits fixed by the *Charter* and the governing principles set out in *Mills* and its progeny.

[57] Accordingly, my purpose here is not to defend the trial judge's choice of remedy. It requires no further defence. My purpose, rather, is to uphold the trial judge's constitutional authority, under s. 24(1) of the *Charter*, to make that choice. If the discretion were theirs to exercise, some judges might well have chosen instead to order disclosure and adjourn the proceedings. But we are not entitled to intervene for that reason:

[55] Le juge Rothstein propose que ce pouvoir discrétionnaire large et absolu soit à l'avenir étroitement circonscrit. Suivant la nouvelle approche proposée par mon collègue, — je la qualifie de « nouvelle » parce qu'elle ne trouve aucun appui dans la jurisprudence — des éléments de preuve peuvent être exclus à titre de réparation en application du par. 24(1) de la *Charte dans deux cas seulement* : (1) si leur utilisation en preuve est susceptible de rendre le procès inéquitable et que l'iniquité ne peut être corrigée en accordant une réparation moins draconienne ou (2) lorsque l'exclusion des éléments de preuve est nécessaire pour maintenir l'intégrité du système de justice (par. 23, 24 et 27). En outre, cette deuxième situation exceptionnelle ne vise que les « cas clairs » dans lesquels des intérêts opposés — comme l'intérêt qu'a la société à ce que tous les éléments de preuve disponibles soient présentés lors du procès — l'emportent (par. 27).

[56] En bref, la *Charte* permet à toute personne dont les droits ou les libertés ont été violés d'obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Comme nous l'avons vu, une cour d'appel ne sera justifiée d'intervenir dans l'exercice du « plus vaste pouvoir discrétionnaire possible » que « si [le juge de première instance] s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice » (*Regan*, par. 117). Je le répète, rien ne donne à penser que, en l'espèce, la décision du juge du procès a créé une injustice. Au contraire, le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire raisonnablement et bien à l'intérieur des larges limites fixées par la *Charte* et par les principes applicables énoncés dans *Mills* et dans les arrêts qui l'ont suivi.

[57] Par conséquent, je ne cherche pas à défendre la mesure réparatrice que le juge du procès a choisie et qu'il n'est nul besoin de défendre davantage. Je cherche plutôt à maintenir le pouvoir que la *Charte* lui confère au moyen du par. 24(1), d'effectuer un tel choix. S'ils avaient été appelés à exercer leur pouvoir discrétionnaire, certains juges auraient fort bien pu plutôt choisir d'ajourner le procès et d'ordonner la communication des éléments de preuve. Mais nous n'avons pas le droit d'intervenir sur ce fondement :

The appellate tribunal is not at liberty merely to substitute its own exercise of discretion for the discretion already exercised by the judge. In other words, appellate authorities ought not to reverse the order merely because they would themselves have exercised the original discretion, had it attached to them, in a different way.

(*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Ministry of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at p. 76, quoting *Charles Osenton and Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130 (H.L.), at p. 138.)

[58] An appellate court that would have exercised original discretion as the trial judge did will rarely be tempted to tamper with the law as it stands. The temptation, I fear, is far greater, where the appellate court might have been inclined to exercise its discretion differently. Disagreement, particularly strong disagreement, invites caution: A reviewing court must not, on account of its disagreement alone, place trial judges offside by redrawing the established boundaries of their discretion.

[59] I think it better by far for an appellate court to affirm a discretionary decision with which it disagrees than to reverse it impermissibly by adopting, *ex post facto*, a more regimented framework that might have resulted in what it regards as a preferable result at trial. In the context that concerns us here, the law as it stands does not authorize us to intervene in the impugned decision of the trial judge. And the proposed change in the law, while it would prevent trial judges in future cases from exercising their discretion as the trial judge did here, would at the same time hypothecate their constitutional duty, under s. 24(1) of the *Charter*, to fashion appropriate and just remedies in circumstances we cannot anticipate.

### III

[60] It is true that in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, the Court limited access to a particular

[TRADUCTION] Le tribunal d'appel n'a pas la liberté de simplement substituer l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge. En d'autres termes, les juridictions d'appel ne devraient pas annuler une ordonnance pour la simple raison qu'elles auraient exercé le pouvoir discrétionnaire original, s'il leur avait appartenu, d'une manière différente.

(*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 76, citant *Charles Osenton and Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130 (H.L.), p. 138.)

[58] Un tribunal d'appel qui aurait exercé le pouvoir discrétionnaire original comme le juge du procès l'a fait sera rarement tenté de modifier le droit applicable. La tentation, je le crains, est beaucoup plus forte dans les situations où le tribunal d'appel aurait probablement exercé son pouvoir discrétionnaire différemment. En cas de désaccord, particulièrement s'il est profond, il faut redoubler de prudence : les tribunaux d'appel ne doivent pas, du simple fait qu'ils diffèrent d'opinion, écarter les conclusions des juges de première instance en redéfinissant les frontières de leur pouvoir discrétionnaire.

[59] Je crois qu'il est nettement préférable qu'un tribunal d'appel confirme une décision découlant de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire à laquelle il ne souscrit pas plutôt qu'il l'infirmé sans y être autorisé en adoptant, *a posteriori*, un cadre plus rigide qui aurait mené à l'adoption d'une solution qu'il juge préférable. Dans le contexte qui nous occupe, le droit en l'état actuel ne nous permet pas de modifier la décision contestée du juge du procès. Si la modification proposée est susceptible d'empêcher à l'avenir les juges du procès d'exercer leur pouvoir discrétionnaire comme le juge du procès l'a fait dans la présente affaire, reste qu'elle grèvera pour autant l'obligation constitutionnelle qui leur incombe en vertu du par. 24(1) de la *Charte* de concevoir des mesures réparatrices convenables et justes dans des circonstances que nous ne pouvons prévoir.

### III

[60] Certes, dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, la Cour a restreint l'accès à une mesure

remedy under s. 24(1) by imposing essentially the same stringent test that Justice Rothstein would adopt here. But that case dealt with a stay of proceedings and has no application here.

[61] The stringent limits placed on the issuance of stays are a function of the severity and finality of that remedy. Unlike a stay of proceedings, the exclusion of impugned evidence rarely terminates the proceedings — and, more rarely still, terminates the proceedings *definitively*. On the contrary, probative evidence is often excluded under the common law of evidence or under s. 24(2) of the *Charter* in trials that nonetheless proceed and routinely result in convictions.

[62] At the very least, the exclusion of evidence as a s. 24(1) remedy should not be subject to the same demanding criteria as a stay of proceedings unless exclusion will preclude a trial, which is not our case. Here, Mr. Bjelland was committed to trial at the conclusion of a preliminary inquiry that proceeded without the tardily disclosed evidence. Moreover, after that evidence was excluded by the trial judge, the Crown was evidently satisfied that the remaining evidence was capable of supporting a conviction. In the absence of a reasonable prospect of conviction, Crown counsel could not reasonably have proceeded with the trial.

[63] The Crown did have an option. Instead of proceeding on the strength of the remaining evidence in its possession, the Crown, if it considered the excluded evidence of central importance to its case, could have declared its proof closed and appealed the inevitable acquittal on the very ground that it now invokes. On the other hand, if the Crown did not attach great importance to the evidence then, it can hardly ask us to do so now. And yet, having opted to place Mr. Bjelland in jeopardy

réparatrice particulière pour l'application du par. 24(1) en appliquant essentiellement le même critère exigeant que le juge Rothstein adopterait en l'espèce. Or, dans cette affaire, il était question d'un arrêt des procédures. Cette décision n'est donc d'aucune utilité en l'espèce.

[61] Les limites rigoureuses applicables au prononcé d'arrêts des procédures sont fonction de la gravité et du caractère définitif de cette mesure. Or, contrairement à un arrêt des procédures, l'exclusion d'éléments de preuve met rarement fin à une procédure — et, plus rarement encore, y met fin de façon *définitive*. Au contraire, des éléments de preuve probants sont souvent exclus en application des règles de common law en matière de preuve ou du par. 24(2) de la *Charte* dans le cadre de procès qui suivent néanmoins leur cours et qui, fréquemment, donnent lieu à des condamnations.

[62] À tout le moins, l'exclusion d'éléments de preuve en tant que réparation accordée en application du par. 24(1) ne devrait pas être assujettie aux critères exigeants applicables aux arrêts de procédures sauf si l'exclusion fait obstacle à la tenue d'un procès, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Dans la présente affaire, M. Bjelland a été cité à procès après la tenue d'une enquête préliminaire au cours de laquelle la preuve communiquée tardivement n'était pas en cause. De plus, le ministère public a de toute évidence estimé, après l'exclusion des éléments de preuve en question, que la preuve restante était susceptible de justifier une condamnation. En l'absence d'une probabilité raisonnable d'obtenir une déclaration de culpabilité, l'avocat du ministère public n'aurait pas pu raisonnablement choisir de poursuivre le procès.

[63] Le ministère public disposait d'une solution de rechange. En effet, plutôt que de s'appuyer sur les autres éléments de preuve, il aurait pu, s'il estimait que les éléments exclus étaient cruciaux, déclarer sa preuve close et interjeter appel à l'encontre de l'acquiescement alors inévitable, en invoquant les arguments qui nous sont soumis. Par contre, si le ministère public ne jugeait pas la preuve essentielle, il peut difficilement demander qu'on lui accorde une telle importance à ce stade. Après avoir choisi

of conviction at one trial on evidence it considered sufficient, the Crown now seeks a “second kick at the can”.

[64] On any view of the matter, the remedy of exclusion granted by the trial judge was hardly equivalent to a stay of proceedings and should not be made subject to the same constraints.

[65] Finally, we have long accepted that an acquittal that results from the exclusion of evidence is warranted by overriding considerations of justice. See *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at para. 42 (*per* McLachlin J., as she then was, concurring); *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, at pp. 82, 91 and 92 (*per* Dickson C.J., for the unanimous Court); *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 282-86. The policy of the law in this regard was well put by Samuel Freedman, then Chief Justice of Manitoba, in this well-known passage:

The objective of a criminal trial is justice. Is the quest of justice synonymous with the search for truth? In most cases, yes. Truth and justice will emerge in a happy coincidence. But not always. Nor should it be thought that the judicial process has necessarily failed if justice and truth do not end up in perfect harmony. . . . [T]he law makes its choice between competing values and declares that it is better to close the case without all the available evidence being put on the record. We place a ceiling price on truth. It is glorious to possess, but not at an unlimited cost. “Truth, like all other good things, may be loved unwisely — may be pursued too keenly — may cost too much.”

(“Admissions and Confessions”, in R. E. Salhany and R. J. Carter, eds., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), 95, at p. 99, quoting *Pearse v. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950, at p. 957.)

Restricting exclusion as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* to those limited circumstances in which a stay would be warranted at once exaggerates the severity of exclusion as a remedy and minimizes

de faire courir le risque d’une condamnation à M. Bjelland sur le fondement d’une preuve qu’il jugeait suffisante, le ministère public sollicite « une seconde chance ».

[64] Quel que soit l’angle sous lequel on examine la question, l’ordonnance du juge du procès visant l’exclusion d’éléments de preuve ne s’apparentait guère à un arrêt des procédures et ne devrait pas être assujettie aux mêmes contraintes.

[65] Enfin, nous reconnaissons depuis longtemps que des considérations de justice fondamentales justifient les acquittements résultant de l’exclusion d’éléments de preuve. Voir *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 42 (opinion concordante de la juge McLachlin, maintenant Juge en chef); *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, p. 82, 91 et 92 (le juge en chef Dickson, dans un jugement unanime); *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 282 à 286. L’idée maîtresse du droit applicable ressort clairement des propos suivants de Samuel Freedman, Juge en chef du Manitoba, figurant dans un extrait bien connu :

[TRADUCTION] Le but d’un procès criminel est de faire régner la justice. La recherche de la justice est-elle synonyme de recherche de la vérité? Il semblerait que oui dans la plupart des cas. La vérité et la justice finissent fort heureusement par émerger de façon simultanée. Mais ce n’est pas toujours le cas. Il ne faut pas non plus conclure à l’échec du processus judiciaire si celui-ci n’aboutit pas en même temps à la justice et à la vérité. [ . . . ] [L]e droit opte pour le moindre de deux maux et permet de clore l’affaire en l’absence de certains éléments de preuve. Il est certes admirable d’atteindre la vérité, mais pas à n’importe quel prix. « La vérité est comme toute bonne chose : parfois on la chérit à l’excès, on la recherche trop ardemment, on la paie trop cher. »

(« Admissions and Confessions », dans R. E. Salhany et R. J. Carter, dir., *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972), 95, p. 99, citant *Pearse c. Pearse* (1846), 1 De G. & Sm. 12, 63 E.R. 950, p. 957.)

Limiter le recours à l’exclusion d’éléments de preuve dans le contexte de l’application du par. 24(1) de la *Charte* aux seuls cas où un arrêt des procédures serait justifié confère à cette mesure une trop

the importance attached by our system of justice to objectives other than truth-finding.

grande gravité et minimise l'importance que notre système de justice accorde aux objectifs autres que la recherche de la vérité.

## IV

[66] The trial judge reviewed the evidence carefully and accurately. He considered and rejected alternative remedies, including a stay of proceedings and an adjournment.

[66] Le juge du procès a examiné la preuve soigneusement et correctement. Il a envisagé et écarté d'autres mesures réparatrices, dont l'arrêt des procédures et l'ajournement.

[67] Understandably, the trial judge considered as well that exclusion of the tardily disclosed evidence was not a particularly drastic remedy in this case. He noted that the remaining evidence had been found sufficient by a Provincial Court Judge at the conclusion of a preliminary inquiry, to permit a reasonable jury, properly instructed, to find the appellant guilty as charged.

[67] Il n'est pas surprenant d'ailleurs que le juge du procès ait également jugé que l'exclusion des éléments de preuve communiqués tardivement n'était pas une mesure particulièrement draconienne en l'espèce. Il s'est appuyé sur le fait que, au terme de l'enquête préliminaire, un juge de la Cour provinciale avait estimé que les autres éléments de preuve permettraient à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de déclarer l'appelant coupable de l'infraction reprochée.

[68] Ultimately, the trial judge concluded that "[t]he proper remedy which address[es] the accused's rights and balances those rights with the interest[s] of society, is to place both the accused and the Crown in the position they occupied before the Crown attempted to introduce this new evidence." Manifestly, the trial judge was guided in his exercise of discretion by the established principles governing applications for a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

[68] Ultimement, le juge du procès a conclu que [TRADUCTION] « [l]a réparation convenable, qui prend en considération les droits de l'accusé et qui les met en balance avec les intérêts de la société, consiste à remettre tant l'accusé que le ministère public dans la situation dans laquelle ils se trouvaient avant que le ministère public tente d'introduire les nouveaux éléments de preuve. » De toute évidence, le juge du procès a tenu compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire des principes régissant les demandes de réparation fondées sur le par. 24(1) de la *Charte*.

[69] On the whole of the record, I am thus satisfied that the trial judge's decision under this standard was neither erroneous in law nor so clearly wrong as to amount to an injustice.

[69] Au vu de l'ensemble du dossier, je suis donc convaincu que, suivant le test susmentionné, la décision du juge du procès n'était ni erronée en droit ni erronée au point de créer une injustice.

## V

[70] For all of these reasons, as mentioned at the outset, I would allow the appeal, set aside the order for a new trial, and restore the verdict at trial.

## V

[70] Pour tous ces motifs, comme je l'ai mentionné au départ, j'accueillerais le pourvoi, j'annulerais l'ordonnance visant la tenue d'un nouveau procès et je rétablirais le verdict prononcé au procès.

*Appeal dismissed, BINNIE, FISH and ABELLA JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Lord, Russell, Tyndale, Hoare, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Calgary.*

*Pourvoi rejeté, les juges BINNIE, FISH et ABELLA sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Lord, Russell, Tyndale, Hoare, Calgary.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Calgary.*