

R. c. La, [1997] 2 R.C.S. 680

Hung Duc Vu

Appelant

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée

Répertorié: R. c. La

N° du greffe: 25389.

Audience et jugement: 13 mars 1997.

Motifs déposés: 26 juin 1997.

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

en appel de la cour d'appel de l'alberta

Droit criminel -- Preuve -- Obligation de divulgation -- Élément de preuve perdu par inadvertance -- Le ministère public est-il dégagé de l'obligation de divulgation?

Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Principes de justice fondamentale (art. 7) -- Défaut de divulguer -- Élément de preuve perdu par

inadvertance -- Y a-t-il eu violation de l'art. 7 de la Charte? -- Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).

Des policiers ont a trouvé la plaignante, une fugueuse de 13 ans qu'ils recherchaient, dans un véhicule dont le conducteur était connu de la police comme étant un proxénète. Le conducteur a par la suite été accusé d'agression sexuelle. Une des conversations de la plaignante a été enregistrée au quartier général de la police en vue d'une demande de traitement en milieu fermé et on n'a pris en note que ses date de naissance, adresse et numéros de téléphone. La conversation n'a pas été enregistrée en vue d'une enquête criminelle; en fait, l'enquête sur les activités de l'accusé n'était pas encore commencée. L'agent a remis son rapport et les déclarations écrites, mais non la bande sur laquelle était enregistrée la première entrevue, aux détectives de l'escouade de la moralité pour qu'ils enquêtent sur les plaintes de prostitution et d'agression sexuelle. Les détectives de l'escouade de la moralité se sont entretenus avec la plaignante et cette entrevue a été enregistrée sur bande audio puis transcrite. Lorsque s'est tenue l'enquête préliminaire, l'agent avait oublié l'enregistrement sur bande audio de sa première conversation avec la plaignante et, à un certain moment entre l'entrevue et le procès, il a égaré la bande.

Au procès, l'avocat de l'accusé a demandé avec succès l'arrêt des procédures, invoquant le défaut du ministère public de divulguer l'existence du premier enregistrement audio. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé contre cette décision et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Il s'agit en l'espèce de savoir si le ministère public est dégagé de son obligation de divulgation s'il perd un élément de preuve pertinent qu'il a eu en sa possession.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major:

L'obligation du ministère public de divulguer tous les éléments de preuve pertinents en sa possession donne naissance à une obligation de conserver les éléments de preuve pertinents. Dans les cas où il perd un élément de preuve qui aurait dû être divulgué, le ministère public a l'obligation d'expliquer ce qui est arrivé à cet élément. Si les explications convainquent le juge du procès que la preuve n'a été ni détruite ni perdue par suite d'une négligence inacceptable, l'obligation de divulgation n'a pas été violée. S'il ne parvient pas à convaincre le juge, le ministère public manque à ses obligations de divulgation et il y a en conséquence violation de l'art. 7 de la *Charte*. Un tel défaut pourrait également indiquer qu'il s'est produit un abus de procédure. L'accusé n'a pas à établir qu'il y a eu abus de procédure pour démontrer que le ministère public ne s'est pas acquitté de l'obligation de divulgation que lui impose l'art. 7.

Pour déterminer si l'explication du ministère public est satisfaisante, la cour doit analyser les circonstances dans lesquelles la preuve a été perdue. La principale considération est la question de savoir si le ministère public ou la police a pris des mesures raisonnables pour conserver la preuve. La pertinence qu'on accordait alors à l'élément de preuve en cause doit être prise en considération; on ne peut attendre de la police qu'elle conserve tout ce qui lui passe entre les mains au cas où cela deviendrait un jour pertinent. En outre, même la perte d'un élément de preuve pertinent ne constituera pas une violation de l'obligation de divulgation si la conduite de la police était raisonnable. Plus la pertinence d'un élément de preuve est grande, plus le degré de diligence attendu des policiers pour conserver cette preuve est élevé.

En l'espèce, l'explication du ministère public était satisfaisante. L'enregistrement n'a pas été fait dans le cours d'une enquête criminelle, et l'agent de police n'a pas omis de prendre des mesures raisonnables pour conserver la bande.

Il n'y a pas eu d'abus de procédure. Parmi les conduites qui constitueraient un abus de procédure, mentionnons la destruction, de propos délibéré, d'éléments de preuve par la police ou par d'autres représentants du ministère public en vue de contourner l'obligation de divulgation, ainsi que, même en l'absence de preuve de mobile illégitime, un degré inacceptable de négligence.

Même lorsque le ministère public n'a pas enfreint son obligation de divulgation, la perte d'un document peut être à ce point préjudiciable qu'elle porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. L'accusé qui prétend que la perte d'un élément de preuve a eu pour effet de violer l'art. 7 de la *Charte* doit démontrer que cette perte cause un préjudice concret à son droit de présenter une défense pleine et entière.

La réponse à la question de savoir si l'arrêt des procédures est une réparation convenable dépend de l'effet qu'a, sur l'équité du procès, la conduite causant un abus de procédure ou quelque autre préjudice. Souvent, il est préférable de trancher cette question au fur et à mesure du déroulement du procès.

Il n'y a pas eu atteinte au droit de l'appelant de présenter une défense pleine et entière. L'entrevue enregistrée sur bande audio n'était pas considérée comme une conversation détaillée et n'était pas faite pour les fins d'une enquête criminelle. Fait plus important encore, il existait une autre source de renseignements.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: L'obligation du ministère public de divulguer à la défense tous les éléments de preuve pertinents et non privilégiés qu'il a en sa possession découle de la common law et a également des assises constitutionnelles. Il n'en demeure pas moins que l'obligation de divulgation du ministère public n'est pas un droit séparé et distinct visé à l'art. 7 de la *Charte*. Bien que la divulgation complète et générale soit la règle, tout défaut de divulguer ne constituera pas nécessairement une violation constitutionnelle.

Il ne faut pas confondre l'obligation de conservation du ministère public avec son obligation de divulgation. Le ministère public s'est acquitté de son obligation lorsqu'il a communiqué à la défense tous les éléments de preuve pertinents en sa possession. Dans les cas où on apprend que des éléments de preuve pertinents que la police ou le ministère public a déjà eu en sa possession ne sont plus disponibles, ce dernier doit expliquer les circonstances ayant entraîné leur absence, en s'attachant principalement aux raisons pour lesquelles ces éléments de preuve n'ont pas été remis à la défense.

Lorsque le ministère public ne divulgue pas sa preuve ou que des éléments pertinents ne sont pas conservés, l'examen constitutionnel doit reposer sur des fondements appropriés. À cet égard, cet examen comporte deux volets: 1) L'omission de divulguer a-t-elle eu un effet sur le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière? 2) Le ministère public a-t-il eu une conduite qui a violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence de la société et porté atteinte à l'intégrité du système judiciaire? Lorsque l'un ou l'autre de ces effets est établi par prépondérance des probabilités, la violation de l'art. 7 est démontrée. Le juge du procès peut alors accorder une réparation fondée sur le par. 24(1). Cela devrait être fait en conformité avec les principes énoncés dans *R. c. O'Connor*.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts examinés: *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754, conf. (1994), 88 C.C.C. (3d) 557; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; **arrêts mentionnés:** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. B. (D.J.)* (1993), 16 C.R.R. (2d) 381; *R. c. Andrew (S.)* (1992), 60 O.A.C. 324; *R. c. François (L.)* (1993), 65 O.A.C. 306; *R. c. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts examinés: *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201; *R. c. Biscette* (1995), 169 A.R. 81, conf. par [1996] 3 R.C.S. 599; **arrêts mentionnés:** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113; *R. c. Douglas*, [1993] 1 R.C.S. 893, conf. (1991), 5 O.R. (3d) 29; *R. c. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378; *R. c. Peterson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 64; *R. c. B. (T.)* (1994), 23 C.R.R. (2d) 355; *R. c. Richer* (1993), 82 C.C.C. (3d) 385, conf. par [1994] 2 R.C.S. 486; *R. c. Jack*, [1994] 2 R.C.S. 310; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537; *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206.

Lois et règlements cités

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

Doctrine citée

Hendel, Ursula, and Peter Sankoff. «R. v. Edwards: When Two Wrongs Might Just Make a Right» (1996), 45 C.R. (4th) 330.

Mitchell, Graeme G. «Abuse of Process and the Crown's Disclosure Obligation» (1996), 44 C.R. (4th) 130.

Ontario. *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions*. G. Arthur Martin, Chairperson. Toronto: The Committee, 1993.

Stuesser, Lee. «Abuse of Process: The Need to Reconsider» (1994), 29 C.R. (4th) 92.

Young, Alan N. *Adversarial Justice and the Charter of Rights: Stunting the Growth of the «Living Tree»* (1997), 39 *Crim. L.Q.* 406.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1996), 181 A.R. 192, 116 w.a.c. 192, 105 C.C.C. (3d) 417, qui a accueilli l'appel formé contre l'arrêt des procédures accordé par le juge Wilkins, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Balfour Q. H. Der et Robert J. Batting, pour l'appelant.

Elizabeth A. Hughes, pour l'intimée.

//Le juge Sopinka//

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

- 1 LE JUGE SOPINKA -- Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le ministère public manque à ses obligations en matière de divulgation lorsque, innocemment, il perd par inadvertance un élément de preuve qui sans cela aurait dû être divulgué. La Cour d'appel de l'Alberta a écarté l'arrêt des procédures inscrit par le juge du procès et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Au terme des plaidoiries, notre Cour a rejeté le pourvoi, avec motifs à suivre. Je conclus que, dans les cas où il perd un élément de preuve qui aurait dû être divulgué, le ministère public a l'obligation d'expliquer ce qui est arrivé à cet élément. En autant qu'il donne une explication satisfaisante, le ministère public s'acquitte de son obligation de divulgation. Toutefois, il y aura violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* si l'explication ne convainc pas le juge du procès. Qui plus est, je n'exclus pas la possibilité qu'une réparation soit accordée dans la situation extraordinaire où, quoiqu'une explication satisfaisante soit donnée pour expliquer la perte de l'élément de preuve et qu'il n'y ait pas d'abus de procédure, l'élément en question est à ce point important que sa perte compromet la tenue d'un procès équitable.

Les faits

- 2 Vers minuit le 27 mai 1993, les agents Hollinger et Halford étaient à la recherche d'une fugueuse de 13 ans, la plaignante M.F. Ils ont intercepté un véhicule, dont le conducteur était connu de la police comme étant un proxénète, et dans lequel se trouvait M.F. Celle-ci a été conduite au quartier général de la police par d'autres agents. Elle y a passé les cinq heures qui ont suivi. Durant cette période, elle a parlé aux agents ainsi qu'à d'autres personnes, dont sa mère. L'agent Hollinger a fait un enregistrement

audio d'une durée de 45 minutes d'une de ses conversations avec elle. Étant donné qu'il enregistrait la conversation, l'agent Hollinger n'a pris en note que la date de naissance, l'adresse et les numéros de téléphone de M.F. Il ne voulait pas faire un interrogatoire détaillé de M.F. Vers 5 h 00, celle-ci a été conduite au Hull Home, un centre de garde et de traitement en milieu fermé pour adolescents.

3 Le 1^{er} juin 1993, l'agent Hollinger a témoigné devant le tribunal de la famille dans le cadre de l'audition d'une demande d'ordonnance de traitement en milieu fermé visant M.F. Il a parlé au tribunal de l'entrevue enregistrée de 45 minutes, disant qu'elle portait sur la vie en fugue de M.F. et le fait qu'elle avait été poussée à la prostitution. Il a dit qu'elle était coopérative, mais qu'elle avait menti à quelques reprises aux policiers au cours de l'entrevue. Il a également fait état de la description qu'elle avait donnée de certaines des choses qui lui avaient été faites dans différents hôtels, y compris le Ranger Motel.

4 Après une enquête plus approfondie, l'agent Hollinger a découvert, au Hull Home, deux autres jeunes filles qui avaient elles aussi fait partie du même réseau de prostitution. Le 3 juin 1993, l'agent Hollinger s'est rendu au Hull Home et a parlé à M.F. et à deux autres jeunes filles de 13 ans. Il a remis à chacune des formulaires de déclaration de témoin, leur demandant de rédiger une déclaration décrivant leur vie de prostituées. Il a dit au personnel du Hull Home de séparer les jeunes filles pendant qu'elles rédigeaient leur déclaration. Le lendemain, il est retourné au Hull Home, muni d'un questionnaire qu'il a remis à chacune des jeunes filles, après avoir reçu leurs déclarations écrites.

5 L'agent Hollinger a remis son rapport et les déclarations écrites aux détectives de l'escouade de la moralité pour qu'ils enquêtent sur des plaintes de

prostitution et d'agression sexuelle. Cependant, la bande sur laquelle était enregistrée la première entrevue avec M.F. n'a pas été remise aux détectives.

6 En août 1993, la police a déposé plusieurs accusations reliées à la prostitution. Quatre hommes ont été accusés de voies de fait contre les jeunes filles; l'appelant, Vu, a été accusé d'agression sexuelle contre M.F. seulement. Les détectives de l'escouade de la moralité se sont entretenus avec M.F. le 8 juillet 1993. Cette entrevue a été enregistrée sur bande audio puis transcrite.

7 Lorsque s'est tenue l'enquête préliminaire (du 28 février au 2 mars 1994), l'agent Hollinger avait oublié qu'il avait enregistré sur bande audio sa conversation avec M.F. et que celle-ci lui avait dit quelque chose au sujet de l'incident au Ranger Motel. À un certain moment entre l'entrevue et le procès, l'agent Hollinger a égaré la bande. Il a témoigné qu'il l'avait cherchée, mais sans succès.

8 La raison donnée par l'agent Hollinger pour expliquer le peu de notes qu'il avait pris était que, le lendemain de l'arrestation de M.F., il avait tiré dans les pneus d'une auto après une poursuite à grande vitesse, et qu'il faisait l'objet d'une enquête à cet égard. Il a dit que cela avait été [TRADUCTION] «une période de grand stress».

9 Au procès, l'avocat de l'accusé a demandé l'arrêt des procédures, invoquant le défaut du ministère public de divulguer l'existence de l'enregistrement audio fait par l'agent Hollinger de l'entrevue avec la première plaignante. Le juge Wilkins a accordé la demande d'arrêt des procédures. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé contre cette décision et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Les décisions des juridictions inférieures

La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta

- 10 Le juge Wilkins a analysé les intérêts opposés de ceux qui se disent victimes et de la société, d'une part, et des personnes accusées, d'autre part, savoir, dans le cas des premiers, l'intérêt à ce que les personnes accusées soient traduites devant les tribunaux, et, dans le cas des secondes, leur droit de présenter une défense pleine et entière. Il a rejeté la suggestion du ministère public de ne pas faire témoigner M.F. parce que cela ne concernerait pas le préjudice causé aux autres accusés.
- 11 Le juge Wilkins a conclu que les accusés avaient tous établi, suivant la prépondérance des probabilités, que leur droit respectif de contre-interroger M.F. et les autres témoins serait compromis parce qu'ils n'avaient pas accès à l'enregistrement audio de l'entrevue initiale, ni à quelque transcription de celle-ci ou à d'autres notes substantielles y ayant trait. Selon lui, la présente affaire se distinguait des arrêts cités du fait qu'en l'espèce il n'y avait aucun élément de preuve ou document au moyen duquel le ministère public pourrait démontrer qu'il avait fait une divulgation substantielle de ces renseignements vitaux. Cet élément n'existait plus, et il ne pouvait ordonner au ministère public de le produire. Par conséquent, l'arrêt des procédures était la seule mesure permettant de réparer le préjudice causé par la non-divulgation par le ministère public.
- 12 Le juge Wilkins a entièrement rejeté l'allégation de l'avocat d'un des défendeurs que le ministère public avait commis un abus de procédure. Il était convaincu qu'aucun mobile illégitime ne pouvait être imputé au ministère public ou à la police relativement à la perte de la bande audio.

La Cour d'appel de l'Alberta (1996), 181 A.R. 192

13 La cour a exprimé l'avis que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que le ministère public avait manqué à son obligation de divulgation. Comme le ministère public ne pouvait divulguer que ce qui était en sa possession et sous son contrôle, il ne pouvait divulguer l'enregistrement sur bande audio, puisque cette bande avait été perdue par inadvertance. Précisant qu'elle n'entendait pas conclure que la police n'avait pas l'obligation de conserver les éléments de preuve et les déclarations qu'elle recueille, la cour a néanmoins statué que la perfection n'était pas requise. La perte par inadvertance d'une déclaration ne devrait pas davantage entraîner un arrêt des procédures que l'omission d'un policier de prendre des notes complètes ou de consigner chaque conversation qu'il a avec un témoin. Le ministère public avait divulgué à la défense tout ce qu'il avait en sa possession relativement aux trois jeunes témoins, y compris les déclarations écrites détaillées et des déclarations sur bande audio.

14 La cour a conclu que, comme le ministère public n'avait pas manqué à son obligation de divulgation, elle n'avait pas à se demander si le juge du procès disposait d'éléments de preuve qui lui aurait permis de conclure, suivant la prépondérance des probabilités, que l'atteinte au droit des accusés de présenter une défense pleine et entière était sérieuse au point de justifier l'arrêt des procédures. Le critère applicable avait été dégagé dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe* (1994), 88 C.C.C. (3d) 557 («*Stinchcombe* (n° 2)»). La cour a fait remarquer que personne n'a demandé à l'agent Hollinger si les déclarations écrites de la plaignante différaient de façon importante de celles que contenait la bande audio. La cour a dit être en désaccord avec l'affirmation du juge du procès que la police était tenue par la loi de consigner de façon complète la plainte initiale formulée de vive voix par un plaignant. Il est habituellement impossible en

pratique de le faire, car souvent les témoins sont bouleversés ou ont besoin de soins médicaux. Il suffit que la police recueille une déclaration écrite ou encore une déclaration orale qui est ensuite consignée par écrit dans un délai raisonnable, à moins que la preuve n'établisse, suivant la prépondérance des probabilités, que la déclaration orale diffère de façon importante -- à quelque égard autre qu'un manque de détails -- de celle faite plus tard par écrit.

Les questions en litige

- 15 1. Le ministère public est-il dégagé de son obligation de divulgation s'il perd un élément de preuve pertinent qu'il a eu en sa possession?
2. Le juge du procès a-t-il fait erreur en inscrivant l'arrêt des procédures?

L'analyse

Le respect de l'obligation de divulgation dans les affaires de perte d'éléments de preuve

- 16 Depuis l'arrêt de notre Cour *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 («*Stinchcombe (n° 1)*»), il est bien établi que le ministère public a l'obligation de divulguer tous les éléments de preuve pertinents en sa possession, qu'ils soient inculpatatoires ou exculpatatoires et qu'il compte s'en servir ou non. Dans cette affaire, les déclarations des témoins posaient un problème particulier. Nous avons conclu que les notes prises par les policiers doivent être divulguées et que, s'il n'en existe pas, il faut communiquer un énoncé de ce que «va dire» le témoin, établi à partir des renseignements dont dispose le ministère public et résumant la déposition: voir la p. 344.

17 Dans *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, notre Cour a reconnu que l'obligation de divulgation du ministère public donnait naissance à une obligation de conserver les éléments de preuve pertinents. En effet, à la p. 472, nous avons souligné que le ministère public pouvait être tenu de garder des échantillons de sang au-delà du délai de trois mois prévu par la loi, afin de respecter les exigences en matière de divulgation découlant de l'arrêt *Stinchcombe (n° 1)*.

18 La question des obligations du ministère public en matière de divulgation lorsque des éléments de preuve sont perdus s'est soulevée au cours du nouveau procès ordonnée par notre Cour dans *Stinchcombe (n° 1)*. La police avait égaré l'enregistrement audio de l'entrevue d'un témoin, entrevue au cours de laquelle cette personne avait exprimé des doutes quant à l'exactitude de son témoignage antérieur. L'agent qui avait fait l'entrevue était décédé des suites d'une tumeur au cerveau. Cependant, le ministère public avait communiqué une transcription de l'entrevue. En écartant l'arrêt des procédures inscrit par le juge du procès, la Cour d'appel de l'Alberta a souligné que ce sont les renseignements que contiennent les déclarations des témoins qui doivent être divulgués et non l'original de la déclaration: *Stinchcombe (n° 2)*, précité. Notre Cour a été d'accord avec cette conclusion, [1995] 1 R.C.S. 754, au par. 2:

Le ministère public ne peut produire que ce qu'il a en sa possession ou ce dont il a le contrôle. Il n'existe pas de droit absolu de faire produire les originaux. Si le ministère public a les originaux des documents qui doivent être produits, il doit les produire ou permettre qu'ils soient examinés. Cependant, si les originaux ne sont pas disponibles et si le ministère public les a déjà eu en sa possession, il doit expliquer leur absence. Si l'explication est satisfaisante, le ministère public s'est acquitté de son obligation, sauf si la conduite qui a entraîné l'absence ou la perte des originaux est en elle-même telle qu'elle pourrait justifier une réparation aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

19 Un principe similaire a été établi dans *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, au par. 25:

Dans les cas où l'existence de certains renseignements a été établie, le ministère public est tenu de justifier la non-divulgence en démontrant soit qu'il n'en a pas le contrôle soit qu'ils sont manifestement sans pertinence ou privilégiés.

20 Cette obligation de justification découle de l'obligation qu'ont le ministère public et la police de conserver les fruits de l'enquête. Le droit à la divulgation serait vide de sens si le ministère public n'était pas tenu de conserver des éléments de preuve qu'on sait pertinents. Pourtant, malgré tous les efforts que déploie le ministère public pour conserver la preuve, comme l'être humain n'est pas infallible, il arrive, à l'occasion, que des éléments soient perdus. Le principe établi dans l'arrêt *Stinchcombe* (n° 2), précité, reconnaît ce malheureux état de fait. Si les explications du ministère public convainquent le juge du procès que la preuve n'a été ni détruite ni perdue par suite d'une négligence inacceptable, l'obligation de divulgation n'a pas été violée. Toutefois, si le ministère ne parvient pas à convaincre le juge à cet égard, il manque à ses obligations en matière de divulgation et il y a en conséquence violation de l'art. 7 de la *Charte*. Un tel défaut pourrait également indiquer qu'il s'est produit un abus de procédure, mais il s'agit-là d'une toute autre question. L'accusé n'a pas à établir qu'il y a eu abus de procédure pour démontrer que le ministère public ne s'est pas acquitté de l'obligation de divulgation que lui impose l'art. 7.

21 Pour déterminer si l'explication du ministère public est satisfaisante, la Cour doit analyser les circonstances dans lesquelles la preuve a été perdue. La principale considération est la question de savoir si le ministère public ou la police (selon le cas) a pris des mesures raisonnables dans les circonstances pour conserver la preuve en vue

de sa divulgation. Un facteur qui doit être pris en considération est la pertinence qu'on accordait alors à l'élément de preuve en cause. On ne peut attendre de la police qu'elle conserve tout ce qui lui passe entre les mains au cas où cela deviendrait un jour pertinent. En outre, même la perte d'un élément de preuve pertinent ne constituera pas une violation de l'obligation de divulgation si la conduite de la police était raisonnable. Cependant, plus la pertinence d'un élément de preuve est grande, plus le degré de diligence attendu des policiers pour conserver cette preuve est élevé.

22 Quelle conduite découlant du défaut de divulguer constituera un abus de procédure? Par définition, il doit s'agir d'une conduite d'une autorité gouvernementale qui viole les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence de la société. La destruction de propos délibéré d'éléments de preuve par la police ou par d'autres représentants du ministère public en vue de contourner l'obligation de divulgation de celui-ci est un exemple du genre de conduites visées. Toutefois, l'abus de procédure ne se limite pas aux conduites de représentants du ministère public qui agissent pour un mobile illégitime. Voir, dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, aux par. 78 à 81, les propos exprimés par le juge L'Heureux-Dubé pour la majorité sur cette question. Par conséquent, d'autres dérogations graves à l'obligation qu'a le ministère public de conserver les éléments qui doivent être produits peuvent également constituer un abus de procédure, même s'il n'est pas établi que des éléments de preuve ont été détruits de propos délibéré pour faire obstacle à leur divulgation. Dans certains cas, une conduite démontrant un degré inacceptable de négligence pourrait être suffisante.

23 Dans l'une ou l'autre des circonstances évoquées précédemment, que le défaut de divulguer du ministère public constitue ou non un abus de procédure ou un autre manquement à son obligation de divulgation et, partant, une violation de l'art. 7 de la *Charte*, il est possible que l'arrêt des procédures soit la réparation convenable s'il

s'agit d'un des rares cas où cette réparation, dont les critères d'application ont tout récemment été exposés dans *O'Connor*, précité, peut être accordée. En toute déférence pour l'opinion exprimée par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé selon laquelle le droit à la divulgation n'est pas un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7, cette question a été tranchée dans *Stinchcombe (n° 1)*, précité, et la réponse confirmée dans *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80. Dans *Stinchcombe (n° 1)*, le droit de présenter une défense pleine et entière, dont le droit à la divulgation fait partie intégrante, a été spécifiquement reconnu comme étant un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7 de la *Charte*. Ce principe a été réaffirmé dans *Carosella*. Au paragraphe 37 de cet arrêt, j'ai dit ce qui suit au nom de la majorité:

Le droit à la communication de documents qui satisfont au critère préliminaire établi dans *Stinchcombe* est l'un des éléments du droit de présenter une défense pleine et entière qui est lui un principe de justice fondamentale visé à l'art. 7 de la *Charte*. Le fait de manquer à cette obligation constitue une atteinte aux droits constitutionnels de l'accusé, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice additionnel. Pour paraphraser les propos du juge en chef Lamer dans l'arrêt *Tran* [[1994] 2 R.C.S. 951], la violation de ce principe de justice fondamentale est préjudiciable en soi. L'obligation de prouver un préjudice additionnel ou concret concerne la réparation qui doit être déterminée en application du par. 24(1) de la *Charte*.

L'obligation du ministère public en matière de divulgation de la preuve ne couvre évidemment pas tous les aspects du droit de présenter une défense pleine et entière garanti par l'art. 7 de la *Charte*. En effet, même lorsque le ministère public s'est acquitté de son obligation en divulguant tous les renseignements pertinents en sa possession et en expliquant les circonstances de la perte de tout élément de preuve, l'accusé jouit toujours du droit que lui garantit l'art. 7 de présenter une défense pleine et entière. Ainsi, il est possible, dans des circonstances exceptionnelles, que la perte d'un document soit à ce point préjudiciable au droit de présenter une défense pleine et

entière qu'elle porte atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Dans de telles circonstances, il est possible que l'arrêt des procédures soit la réparation convenable, pourvu que les critères dont j'ai fait état plus tôt soient respectés.

25 Il n'est pas nécessaire, pour trancher le présent cas, d'élaborer un critère devant être utilisé dans les affaires de ce genre. Qu'il suffise de dire que, dans les cas où le ministère public s'est acquitté de ses obligations en matière de divulgation, l'accusé qui prétend que la perte d'un élément de preuve a eu pour effet de violer l'art. 7 doit démontrer que cette perte cause un préjudice concret à son droit de présenter une défense pleine et entière. Une telle exigence ressort clairement des affaires d'éléments de preuve perdus examinées par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé dans ses motifs dans *Carosella*, précité; voir les par. 76 à 80.

26 L'appelant a cherché à établir un parallèle entre le présent cas et l'affaire *Carosella*, arrêt rendu tout juste avant le début de l'audition du présent pourvoi. Cependant, il existe une distinction très nette entre les deux affaires. Dans *Carosella*, les documents détruits étaient pertinents et devaient être divulgués en vertu du critère établi dans *O'Connor*, précité. La conduite du centre d'aide aux victimes d'agression sexuelle avait fait perdre à l'accusé le droit que lui garantit la *Charte* d'obtenir la production de ces documents. Cette situation constituait une atteinte grave aux droits garantis à l'accusé par la Constitution et, dans les circonstances particulières de cette affaire, l'arrêt des procédures était la seule réparation convenable. Par contre, dans les cas où un élément de preuve est perdu par inadvertance, les mêmes inquiétudes ne se soulèvent pas en ce qui concerne la création de propos délibéré d'obstacles à l'exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs en matière d'admission de la preuve. Comme en témoigne cet extrait du jugement de la majorité dans cette affaire (au par. 56), nous

avons expressément distingué ce cas des affaires d'éléments de preuve perdus en général:

Le système de justice fonctionne le mieux et ses décisions inspirent confiance au public lorsque ses mécanismes permettent de rendre disponibles tous les éléments de preuve pertinents qui ne sont pas par ailleurs exclus en raison d'une politique d'intérêt public prépondérante. La confiance dans le système serait minée si l'administration de la justice excusait les comportements visant à contrecarrer les procédures des tribunaux. L'organisme a pris la décision d'entraver le cours de la justice en détruisant systématiquement des éléments de preuve dont la production pourrait être requise en raison des pratiques des tribunaux. Ce n'est pas une décision qui relève de l'organisme. Dans notre système, qui est régi par la primauté du droit, c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider quels sont les éléments de preuve qui doivent être produits ou admis. C'est cet aspect particulier du présent pourvoi qui distingue le présent cas des affaires d'éléments de preuve perdus en général. [Je souligne.]

Le moment de la décision sur la demande d'arrêt des procédures

- 27 La réponse à la question de savoir si l'arrêt des procédures est une réparation convenable dépend de l'effet qu'a, sur l'équité du procès, la conduite causant un abus de procédure ou quelque autre préjudice. Souvent, il est préférable de trancher cette question au fur et à mesure du déroulement du procès. En conséquence, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de statuer sur la demande d'arrêt des procédures soit sur-le-champ, soit après avoir entendu une partie ou la totalité de la preuve. À moins qu'il ne soit évident qu'aucune autre mesure ne pourra réparer le préjudice causé par la conduite donnant lieu à l'abus, il est généralement préférable de surseoir à statuer sur la demande. Ainsi, le juge sera en mesure d'évaluer l'ampleur du préjudice et de déterminer si les mesures prises pour réduire celui-ci au minimum se sont avérées fructueuses. Il s'agit de la procédure adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario dans les affaires d'éléments de preuve perdus. Dans *R. c. B. (D.J.)* (1993), 16 C.R.R. (2d) 381, la cour a dit ceci, à la p. 382:

[TRADUCTION] Il était impossible d'évaluer l'ampleur du préjudice dans les circonstances de l'espèce sans avoir entendu toute la preuve pertinente, preuve dont la nature permettait de démontrer si le préjudice était réel ou minimal.

De même, dans *R. c. Andrew (S.)* (1992), 60 O.A.C. 324, la cour a conclu, à la p. 325, que, sauf si la violation de la *Charte* [TRADUCTION] «est flagrante et manifeste, il est préférable que le procès ait lieu et que la question de la violation soit examinée au fur et à mesure de la présentation de la preuve». Voir également: *R. c. François (L.)* (1993), 65 O.A.C. 306; *R. c. Kenny* (1991), 92 Nfld. & P.E.I.R. 318 (C.S.T.-N. 1^{re} inst.).

28 J'ajouterais que, même si le juge du procès rejetait la requête dès le début du procès, une autre requête au même effet pourrait être présentée advenant un changement important de circonstances. Voir *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, et *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660. Il en serait ainsi dans le cas où, après le rejet de sa demande, l'accusé serait en mesure d'établir un changement appréciable de l'ampleur du préjudice.

L'application à la présente affaire

29 Il faut donc se demander si l'explication du ministère public était satisfaisante. À mon avis, elle l'était. Même si le dossier est mince, rien n'indique que l'agent Hollinger a fait preuve de négligence en ce qui concerne la conservation de l'enregistrement sur bande audio de l'entrevue qu'il a eue avec M.F. La conversation n'a pas été enregistrée pour les fins d'une enquête criminelle, mais dans le cadre de la demande d'ordonnance de traitement en milieu fermé. Il ne considérait pas qu'il s'agissait d'une conversation détaillée. L'agent Hollinger a fait l'enregistrement avant le début de l'enquête sur les activités de l'accusé, et il ne l'a pas remis à l'agent qui

enquêtait sur les accusations en question. Il n'a pas non plus participé à cette enquête. Il ressort du dossier que l'agent Hollinger a écouté la bande en préparant le témoignage qu'il rendrait à l'audition de la demande d'ordonnance de traitement en milieu fermé. Il s'ensuit qu'il a pris soin de la conserver, du moins jusqu'à la tenue de l'audience. On ignore toujours de quelle manière la bande a disparu par la suite. L'agent Hollinger a expliqué qu'il ne savait pas ce qui était arrivé à la bande, mais qu'il l'avait cherchée sans succès. Il a en outre témoigné avoir vécu une situation passablement stressante et traumatisante peu de temps après avoir fait l'enregistrement, soit le fait d'avoir fait feu en direction d'une automobile et l'enquête qui en a découlé. Ces facteurs m'incitent à conclure que l'agent Hollinger n'a pas omis de prendre des mesures raisonnables dans les circonstances pour conserver la bande.

30 Il faut ensuite se demander si l'explication révèle une conduite constituant un abus de procédure. La réponse est non. Le juge du procès a complètement rejeté l'argument de la défense voulant que la conduite du ministère public ait constitué un abus de procédure, et il n'a pas été convaincu qu'un mobile illégitime pouvait être imputé au ministère public ou à la police. Bien que le juge du procès n'ait pas expressément abordé la question de la négligence, je suis convaincu que les circonstances dans lesquelles la bande a été perdue ne constituaient pas un abus de procédure.

31 L'appelant a soutenu que la perte de la bande a porté atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière, pour le motif qu'elle aurait été utile pour contre-interroger M.F. Au soutien de sa prétention, l'appelant s'est référé au témoignage de l'agent Hollinger qui a dit, devant le tribunal de la famille, que M.F. avait [TRADUCTION] «menti à quelques reprises» au cours de l'entrevue avec les policiers. De plus, l'appelant a prétendu subir un préjudice en raison d'incohérences entre le

témoignage de M.F. à l'enquête préliminaire et celui donné par d'autres témoins, et du fait que la déclaration perdue de M.F. avait été faite avant sa déclaration écrite, laquelle a été rédigée après qu'elle a eu l'occasion de consulter d'autres témoins.

32 Je conclus que l'appelant n'a pas établi l'existence d'une atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière. Un certain nombre de facteurs m'amène à cette conclusion. L'agent Hollinger ne considérait pas que l'entrevue enregistrée sur bande audio était une conversation détaillée. De plus, il enquêtait sur une adolescente en fugue et non sur un réseau de prostitution. M.F. a fait quatre autres déclarations à la police en plus de témoigner à l'enquête préliminaire. Fait plus important encore, il existe une autre source de renseignements: l'agent Hollinger a déjà témoigné que M.F. avait «menti à quelques reprises». Ce fait est en soi extrêmement utile à la défense pour attaquer la crédibilité du témoignage de M.F. L'agent Hollinger a été contre-interrogé à l'occasion d'un voir-dire au procès. On ne lui a cependant pas demandé de précisions sur les mensonges de M.F., ni s'il y avait des incohérences entre les propos de M.F. enregistrés sur la bande et les déclarations obtenues par la suite. Tant que cette preuve n'aura pas été entendue, il est à tout le moins prématuré de prétendre qu'il y a atteinte grave au droit de l'appelant de présenter une défense pleine et entière. Par surcroît, même en adoptant une attitude optimiste quant à ce que la bande aurait révélé, j'ai de la difficulté à imaginer comment un contre-interrogatoire, même fructueux, pourrait miner davantage la crédibilité de M.F. que la déclaration de l'agent Hollinger selon laquelle elle a menti à quelques reprises.

33 Enfin, je ne puis accepter que la bande serait utile pour établir que les plaignantes se sont consultées avant de faire leurs déclarations plus récentes, ou encore qu'elle expliquerait ou ferait ressortir les incohérences entre leurs déclarations. Le fait qu'il soit possible que les plaignantes se soient consultées et qu'il y ait des incohérences

entre les déclarations est déjà au dossier et peut être invoqué par l'appelant, même sans la bande. Celle-ci aurait pu ou non révéler des incohérences tendant à établir que les plaignantes se sont consultées ou à faire ressortir les incohérences déjà connues. Bien qu'un tel degré de pertinence permette de satisfaire au critère en matière de divulgation énoncé dans *Stinchcombe* (n° 1), il est loin d'établir l'existence d'une atteinte grave au droit de présenter une défense pleine et entière. Il est certes prématuré de tirer une telle conclusion à ce stade des procédures.

34 Conformément au jugement rendu à l'audience, au terme des plaidoiries, le présent pourvoi est rejeté.

//Le juge L'Heureux-Dubé//

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

35 LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ -- Le présent pourvoi a trait à la procédure à suivre dans les affaires où l'État a perdu ou détruit des documents pertinents en sa possession. Il soulève donc des questions fondamentales concernant la *Charte*. J'ai lu les motifs du juge Sopinka et je suis d'accord avec sa conclusion relativement au dispositif du présent pourvoi. Je suis, cependant, incapable de souscrire à la façon dont il caractérise l'obligation de divulgation du ministère public, soit un droit distinct de l'accusé selon l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour cette raison, je tiens à faire les commentaires suivants.

36 En un mot, ma position est que l'obligation de divulgation est exactement ce que ces mots expriment: une obligation qui incombe au ministère public. Elle n'est

pas et, à mon avis, n'a jamais été un droit séparé et distinct constituant, de façon autonome, un principe de justice fondamentale. Au contraire, l'obligation de divulgation est nécessaire parce que, généralement, «la non-divulgation [. . .] empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière». *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326 («*Stinchcombe (n° 1)*»), le juge Sopinka, à la p. 336. Ériger le processus même de divulgation en un droit constitutionnel distinct constituerait, à mon avis, une dérogation importante à la jurisprudence en la matière, en plus de compliquer inutilement ce domaine de droit.

37 Même si la présente affaire porte principalement sur la perte d'éléments de preuve que le ministère public a déjà eus en sa possession, je suis d'avis que pour bien analyser cette question il faut examiner le lien qui existe entre l'obligation de divulgation et l'art. 7 de la *Charte*.

38 Dès le départ, cependant, je souligne que la divulgation, en tant que processus, est un aspect nécessaire et important du droit canadien. La décision de notre Cour dans *Stinchcombe (n° 1)* a constitué une évolution souhaitable du droit et a favorisé, dans l'ensemble, un système plus équitable envers les accusés. Elle a également insufflé dans le droit un esprit d'ouverture qui, selon moi, continue de contribuer grandement à la recherche de la vérité dans les procès criminels.

39 Je n'ai jamais, toutefois, considéré que *Stinchcombe (n° 1)* avait entraîné un changement radical de direction de la common law en la matière, et ce malgré un certain nombre de jugements et d'articles de doctrine à l'effet contraire. Je souscris plutôt à l'opinion du professeur Alan N. Young qui, dans *Adversarial Justice and the Charter of Rights: Stunting the Growth of the «Living Tree»* (1997), 39 *Crim. L.Q.* 406, à la p. 419, affirme que [TRADUCTION] «*Stinchcombe* n'a pas créé un droit nouveau en matière

de divulgation, puisque la common law a toujours considéré que la divulgation complète faisait partie intégrante du processus». Voir également *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763.

40 À mon avis, ce que *Stinchcombe (n° 1)* reconnaît véritablement est le fait que la divulgation est essentielle pour permettre à un accusé d'exercer de façon appropriée son droit de présenter une défense pleine et entière, droit qui est lui-même un principe de justice fondamentale reconnu à l'art. 7. De plus, la divulgation contribue à garantir que l'accusé aura un procès équitable, en éliminant la possibilité que le ministère public ne le prenne par surprise: voir, par exemple, *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113. La divulgation de la preuve comporte d'autres avantages d'ordre pratique, particulièrement le fait qu'elle favorise le règlement rapide des accusations criminelles: *Stinchcombe (n° 1)*, à la p. 334. Voir également le document intitulé *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Charge Screening, Disclosure, and Resolution Discussions* (1993), sous la présidence de G. Arthur Martin. Pourtant, sur le plan constitutionnel, il est essentiel de rappeler que la divulgation n'est rien d'autre qu'un processus, par ailleurs important, qui sert les droits de l'accusé énoncés plus haut.

41 Je reconnais aisément, toutefois, que ces deux concepts ont souvent été confondus. À maintes reprises, les tribunaux ont parlé du «droit à la divulgation», au lieu de se demander si l'omission de divulguer avait porté atteinte au «droit de présenter une défense pleine et entière». À mon avis, bien que la divulgation soit une obligation qui incombe au ministère public, il ne s'ensuit pas que chaque omission de divulguer équivaudra à une violation de la Constitution. Comme je l'ai dit dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au par. 74:

. . . je suis tout à fait d'accord avec la Cour d'appel que la *Charte* ne comporte aucun «droit» autonome à la divulgation (aux pp. 148 et 149 C.C.C.):

[TRADUCTION] . . . le droit de l'accusé à ce que le ministère public lui divulgue tous les détails de la preuve vient s'adjoindre à son droit de présenter une défense pleine et entière. Ce n'est pas en soi un droit protégé sur le plan constitutionnel. Cela signifie que, bien que le ministère public ait l'obligation de divulguer sa preuve et que l'accusé ait droit à tout ce que le ministère public est tenu de divulguer, une simple atteinte au droit de l'accusé à une telle divulgation ne constitue pas en soi une violation de la Charte qui donne droit à une réparation en vertu du par. 24(1). Cela résulte du fait que la non-divulgation de renseignements qui auraient dû être divulgués en raison de leur pertinence, en ce sens qu'ils *pouvaient raisonnablement* aider l'accusé à présenter une défense pleine et entière, n'équivaudra pas à une violation du droit que l'art. 7 garantit à l'accusé de n'être privé de sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale à moins que l'accusé n'établisse que la non-divulgation a probablement nui à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité.

C'est la distinction entre la «possibilité raisonnable» d'atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière et l'atteinte «probable» à ce droit qui fait la différence entre une simple atteinte au droit à la divulgation des renseignements pertinents d'une part et à la non-divulgation de documents prévue par la Constitution d'autre part. [Italiques dans l'original; je souligne.]

Lorsque l'accusé tente de prouver que la non-divulgation par le ministère public viole l'art. 7 de la *Charte*, il doit prouver que la non-divulgation en cause a, selon la balance des probabilités, nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité. Il va sans dire qu'une telle détermination exige une enquête suffisante sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués. Lorsque les renseignements sont considérés non substantiels quant à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière, il ne saurait y avoir violation de la *Charte* à cet égard. Je ferai observer, de plus, que les déductions ou conclusions relatives à l'à-propos de la conduite ou de l'intention du ministère public ne sont pas nécessairement pertinentes lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a eu violation ou non du droit de l'accusé à un procès équitable. L'accent doit être mis principalement sur l'effet que les actions contestées auront sur l'équité du procès de l'accusé. [Souligné dans l'original.]

Contrairement à ce que mon collègue suggère, cette position n'a pas été arrêtée pour la première fois dans *O'Connor*. Bien que mon collègue n'ait pas abordé cette question dans cette affaire, il affirme ici que le droit à la divulgation est en soi un

droit prévu à l'art. 7 de la *Charte*. Le juge Sopinka soutient également que le droit de l'accusé à la divulgation de la preuve du ministère public a déjà été reconnu par notre Cour, dans les arrêts *Stinchcombe* (n° 1) et *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, comme un principe de justice fondamentale distinct. Je ne suis tout simplement pas d'accord avec l'interprétation que fait le juge Sopinka de l'arrêt *Stinchcombe* (n° 1). Pour ce qui est de *Carosella*, dans cette affaire, j'étais d'avis que ce qui était en cause c'était la destruction de documents par un tiers; pour cette raison, il était inutile que j'examine même le lien entre la divulgation et le droit de présenter une défense pleine et entière. À mon avis, il ressort d'un examen attentif de la jurisprudence que ma position dans *O'Connor* est compatible avec les principes reconnus en matière de divulgation et que c'est mon collègue qui s'écarte radicalement des normes établies par notre Cour dans *Stinchcombe* (n° 1).

43 Dans *Stinchcombe* (n° 1), le juge Sopinka, s'exprimant pour la Cour à l'unanimité, a élaboré un mécanisme de divulgation réorganisé. La méthode particulière choisie pour analyser cette obligation du ministère public est fondée sur un certain nombre de justifications d'ordre juridique et sur différentes considérations de politique judiciaire. L'influence de la *Charte* a également été considérée importante, comme en témoigne le passage suivant, à la p. 336:

Cet examen des arguments militant pour ou contre la communication de la preuve par le ministère public révèle l'absence de toute raison pratique valable de retenir le point de vue des opposants à une obligation générale de divulguer. Outre les avantages d'ordre pratique déjà évoqués, il y a surtout la crainte prépondérante que la non-divulgation n'empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ce droit reconnu par la common law a acquis une nouvelle vigueur par suite de son inclusion parmi les principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés. (Voir *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, à la p. 1514.) Le droit de présenter une défense pleine et entière constitue un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables. [Je souligne.]

44 Il convient de signaler l'absence de toute mention d'un «droit à la divulgation». Ce passage insiste plutôt sur le fait que c'est le droit de présenter une défense pleine et entière qui est l'objet principal de l'art. 7. En outre, j'estime que plus loin dans le jugement le juge Sopinka a expressément reconnu l'existence d'une différence majeure entre l'obligation de divulgation du ministère public et l'effet du défaut de s'acquitter de cette obligation. De fait, il a déclaré ceci, dans *Stinchcombe* (n° 1), à la p. 348:

Quelles sont les conséquences juridiques de l'omission de divulguer? À mon avis, quand un tribunal d'appel est appelé à examiner une telle omission de divulguer, il doit se demander si l'omission a porté atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière. Or, la réponse tient à la nature des renseignements non divulgués et à la question de savoir s'ils auraient pu influencer sur l'issue du litige. [Je souligne.]

45 Cette position a également été adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Douglas* (1991), 5 O.R. (3d) 29, arrêt rendu pratiquement en même temps que *Stinchcombe* (n° 1). Je note qu'un pourvoi contre cette décision a été rejeté par notre Cour ([1993] 1 R.C.S. 893), dans un arrêt unanime où le Juge en chef a rédigé des motifs succincts qui, sur le plan des principes, ne contredisent pas la décision de la Cour d'appel. Dans *Douglas*, les faits révélaient que, le jour même du début du procès, la preuve n'avait toujours pas été divulguée complètement à la défense. Au lieu de faire enquête sur le caractère substantiel de la preuve, le juge du procès a immédiatement ordonné l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a infirmé cette décision et a, à cette occasion, fait les commentaires suivants, à la p. 30, à propos du lien entre la divulgation et la *Charte*:

[TRADUCTION] L'accusé a, par l'effet conjugué de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*, le droit constitutionnel d'obtenir un procès équitable et de présenter une défense pleine et entière. Cependant, aucun droit reconnu par la common law ni aucune disposition législative ne confèrent expressément

à l'accusé le droit à la divulgation de la preuve du ministère public. La divulgation en temps opportun n'est donc pas un droit distinct sur le plan constitutionnel. Le défaut de divulguer la preuve en temps opportun ne constituera pas, dans tous les cas, une violation de la Charte.

Il est maintenant établi que, conformément aux principes de justice fondamentale qui sous-tendent l'art. 7 de la *Charte*, l'accusé a le droit d'obtenir la communication de tous les éléments de preuve dont il a besoin pour présenter une défense pleine et entière. Voir *R. c. Wood* (1989), 51 C.C.C. (3d) 201, 33 O.A.C. 260 (C.A.).

Il ne fait aucun doute que, dans certaines circonstances, la preuve peut établir que la non-divulgation ou l'absence de divulgation en temps opportun donne lieu à une violation du droit de l'accusé à un procès équitable du fait que cette situation compromet son droit de présenter une défense pleine et entière. À notre avis, le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a conclu, en s'appuyant sur la mince preuve dont il disposait, que les droits garantis à l'intimé par l'art. 7 avaient été violés pour le motif que, de l'aveu même du ministère public, la divulgation de la preuve avait été faite tardivement. En l'espèce, le droit protégé par l'art. 7 est le droit de l'intimé de présenter une défense pleine et entière. Il semble que le juge du procès ait présumé que la divulgation tardive de la preuve du ministère public a porté atteinte à ce droit. Or, cette présomption n'était pas justifiée par la preuve. [Je souligne.]

Voir également: *R. c. T. (L.A.)* (1993), 14 O.R. (3d) 378 (C.A.), à la p. 382; *R. c. Peterson* (1996), 106 C.C.C. (3d) 64 (C.A. Ont.); *R. c. B. (T.)* (1994), 23 C.R.R. (2d) 355 (C.A.C.-B.); *R. c. Richer* (1993), 82 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Alb.), conf. par [1994] 2 R.C.S. 486, sans référence à ce point.

46 Notre Cour a tenu un raisonnement analogue dans *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469. Dans cet arrêt, la question était de savoir si le défaut de communiquer des affidavits étayant une demande d'autorisation d'écoute électronique violait les principes établis dans *Stinchcombe (n° 1)*. Au nom des juges de la majorité (4 contre 3), le juge Sopinka a conclu que, dans cette affaire, le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière prévu à l'art. 7 avait été violé. Néanmoins, dans son analyse, il a clairement dit, aux pp. 495 et 498, que ce droit n'entraînait pas automatiquement en jeu en cas de divulgation incomplète:

Le droit de présenter une défense pleine et entière garanti par la *Charte* exige, de façon générale, que la totalité des renseignements pertinents en la possession de l'État soit divulguée à l'accusé. Pour justifier toute non-divulgaration, le ministère public doit invoquer l'application d'une exception à cette règle générale: *Stinchcombe*, précité, aux pp. 340 et 341, et *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, aux pp. 466 et 467.

...

Pour déterminer si la non-divulgaration de renseignements à la défense a porté atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, le tribunal doit examiner la nature des renseignements non divulgués et se demander s'ils auraient pu influencer sur l'issue du litige: *Stinchcombe*, précité, à la p. 348. [Souligné dans l'original.]

Voir également à cet égard: *R. c. Jack*, [1994] 2 R.C.S. 310; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la p. 508, le juge Iacobucci; *O'Connor*, précité, aux par. 221 à 240, le juge Major.

47 Peu après, dans *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201, notre Cour s'est penchée une fois de plus sur l'analyse qu'il convenait d'appliquer en cas de non-divulgaration. Dans cette affaire, le ministère public ne s'était pas conformé à une ordonnance lui enjoignant de communiquer certains éléments de preuve. Pourtant, les juges Sopinka et Iacobucci ont, dans des motifs conjoints, refusé de conclure que l'art. 7 avait été violé. En effet, ils ont écrit, au par. 18, que «[l']omission du ministère public de s'acquitter de l'obligation qui lui incombe en matière de communication de la preuve peut violer l'art. 7 de la *Charte* et porter atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière» (je souligne). À mon avis, cet énoncé est clair et exact. Ce n'est pas dans tous les cas de non-divulgaration qu'une violation de la *Charte* sera établie.

48 De fait, récemment, dans *R. c. Biscette* (1995), 169 A.R. 81 (C.A.), conf. par [1996] 3 R.C.S. 599, cette approche a une fois de plus été adoptée. Dans cette affaire, le ministère public a omis de divulguer plusieurs éléments de preuve avant la tenue d'une

enquête préliminaire, qui furent toutefois communiqués au procès. La défense a prétendu que l'art. 7 de la *Charte* avait été violé, mais, malgré la divulgation tardive de la preuve, situation d'ailleurs admise par le ministère public, le juge Côté a déclaré, au nom des juges de la majorité, qu'il n'était pas convaincu qu'il y avait effectivement eu violation de la *Charte*. Il a dit ceci, aux pp. 84 et 85:

[TRADUCTION] L'avocat de l'appelant se fonde sur le droit de la défense d'obtenir la divulgation de renseignements, conformément à la règle établie dans *R. c. Stinchcombe (#1)*, [1991] 3 R.C.S. 326 [. . .] Il se peut que ce droit fasse intervenir à la fois un droit reconnu en common law et un droit prévu à l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, la réparation découle d'une violation du droit de présenter une défense pleine et entière (p. 348 R.C.S.). Il s'agit donc d'une réparation prévue par la *Charte*.

...

Il faut une preuve pour établir une violation de la *Charte*. En l'espèce, nous disposons de peu d'éléments de preuve, voire d'aucun (par opposition à de simples affirmations). Pour autant que nous sachions, il se peut que la communication tardive ait été insignifiante: voir *R. c. Stinchcombe (#2)* 1994, [. . .] 88 C.C.C. (3d) 557 (C.A.), 566 [conf. par [1995] 1 R.C.S. 754]. [Je souligne.]

49 Le pourvoi devant notre Cour a été rejeté. Au nom de notre Cour à l'unanimité, j'ai déclaré, au par. 1, que «[q]uant à la question de la communication tardive de la preuve du ministère public, nous ne sommes pas persuadés que l'appelant ait subi un préjudice en ce qui concerne sa capacité d'exercer son droit à une défense pleine et entière et il y a lieu de rejeter ce moyen essentiellement pour les raisons du juge Côté de la Cour d'appel».

50 À mon avis, un thème commun revient dans ces différentes décisions: bien que le droit de présenter une défense pleine et entière anime le processus de divulgation, l'accusé qui réclame la protection de la *Charte* par suite d'une omission de divulguer doit d'abord établir que son droit de présenter une défense pleine et entière a

effectivement été violé. Autrement dit, l'obligation de divulguer doit faire l'objet d'une analyse distincte de la violation du droit de présenter une défense pleine et entière.

51 Cette théorie est également étayée par le fait que la divulgation ne fait pas l'objet d'un ensemble de règles définies et uniformes partout au pays. Au contraire, le processus de divulgation varie d'une province à l'autre et même d'une région à l'autre. Le facteur clé est que ce processus -- quel que soit celui adopté -- respecte le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

52 Ce qui précède ne signifie pas que la seule façon dont l'accusé peut démontrer une violation de la *Charte* en cas de non-divulgation est d'établir l'existence d'une atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière. Au contraire, comme je l'ai dit dans *O'Connor*, précité, au par. 73:

Selon les circonstances, différentes garanties en vertu de la *Charte* pourront entrer en jeu. Par exemple, lorsque l'accusé prétend que la conduite du ministère public l'a empêché d'être jugé dans un délai raisonnable, on peut mieux attaquer ces abus en ayant recours à l'al. 11*b*) de la *Charte*, au sujet duquel la jurisprudence de notre Cour a maintenant établi des lignes directrices assez claires (*Morin*, précité). De même, les circonstances peuvent indiquer une violation du droit de l'accusé à un procès équitable, droit prévu à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte*. Dans ces deux situations, le souci pour les droits individuels de l'accusé peut être accompagné d'un souci pour l'intégrité du système judiciaire. Il existe, en outre, une autre catégorie résiduelle de conduite visée par l'art. 7 de la *Charte*. Cette catégorie résiduelle ne se rapporte pas à une conduite touchant l'équité du procès ou ayant pour effet de porter atteinte à d'autres droits de nature procédurale énumérés dans la *Charte*, mais envisage plutôt l'ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d'une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l'intégrité du processus judiciaire.

53 Il s'ensuit donc que lorsque la divulgation n'est pas faite convenablement, même dans les cas où l'accusé ne peut démontrer qu'il y a eu atteinte à son droit de

présenter une défense pleine et entière, il peut néanmoins y avoir violation de la *Charte* si la conduite du ministère public a un effet sur les questions énumérées plus haut. L'opinion dissidente conjointe exprimée par les juges Major et McLachlin dans *R. c. Curragh Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 537, est un exemple de cette approche. Bien que je n'aie pas souscrit à leur conclusion dans cette affaire, leur approche était correcte. Pour déterminer s'il y avait eu violation de la *Charte*, ils ont fait porter leur examen principalement sur la question de savoir si la conduite du ministère public avait «viol[é] les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la collectivité, et [. . .] constitu[ait] un abus des procédures de la cour» (au par. 121).

54 En résumé, je suis d'avis que la divulgation, en tant que processus, fait intervenir divers aspects des principes de justice fondamentale prévus à l'art. 7. Néanmoins, je ne crois pas que chaque erreur ou omission du ministère public dans la divulgation de la preuve entraîne inévitablement une violation de la *Charte*. Même si, jusqu'à maintenant, mes commentaires ont principalement porté sur des cas de non-divulgation ou de divulgation tardive, j'estime que la même analyse s'applique dans les cas où le ministère public fait défaut de conserver adéquatement des éléments de preuve pertinents. J'aborde maintenant cette question.

L'obligation de conservation

55 L'obligation qu'a le ministère public de conserver la preuve est également un élément nécessaire du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et de son droit à un procès équitable. L'obligation de divulgation aurait peu de sens si le ministère public pouvait la contourner en détruisant des éléments de preuve substantiels ou en les perdant de façon intentionnelle. En outre, cette obligation fait intervenir le principe fondamental selon lequel non seulement faut-il que justice soit rendue, mais

encore faut-il qu'elle soit perçue comme l'ayant été. Comme le souligne mon collègue, même si l'accusé ne subit pas de préjudice réel, il peut, néanmoins, y avoir violation de la *Charte* si la conduite ayant donné lieu au défaut de conserver des éléments de preuve «viole les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la collectivité».

56 Il n'en demeure pas moins qu'il ne faut pas confondre l'obligation de conservation du ministère public avec son obligation de divulgation. Le ministère public s'est acquitté de son obligation lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il a communiqué à la défense tous les éléments de preuve pertinents en sa possession. Notre Cour a dit, à plus d'une occasion, que «[l]e ministère public ne peut produire que ce qu'il a en sa possession ou ce dont il a le contrôle»: *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754 («*Stinchcombe (n° 2)*»), à la p. 755; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, à la p. 741. En conséquence, en cas de perte d'élément de preuve, je ne vois aucun intérêt à poursuivre l'examen pour déterminer si l'obligation de divulguer a été respectée.

57 Cela ne règle, cependant, pas le cas. Je suis d'accord avec mon collègue que, dans les cas où la cour apprend que des éléments de preuve pertinents que la police ou le ministère public a déjà eu en sa possession ne sont plus disponibles, ce dernier doit expliquer les circonstances ayant entraîné leur absence. Toutefois, ces explications porteront principalement sur les raisons pour lesquelles ces éléments de preuve n'ont pas été remis à la défense, et il conviendra alors de se demander si ces raisons révèlent un abus de procédure.

58 Dans les cas où aucun abus de procédure n'est établi, cela met fin à l'examen de la question de l'absence de divulgation. Néanmoins, je suis d'accord avec mon collègue que l'accusé peut essayer d'établir qu'il existe une probabilité réelle qu'il

subisse un préjudice au procès, par suite de la perte: *Carosella*, précité, le juge L'Heureux-Dubé.

59 En résumé, lorsque l'élément de preuve n'est plus en la possession du ministère public, l'analyse est exactement la même que dans les cas où c'est ce dernier qui l'a en sa possession, mais que, pour diverses raisons, il ne l'a pas encore communiqué. Par souci de clarté, j'estime que les principes peuvent être résumés de la façon suivante:

a) Le ministère public a l'obligation de divulguer. Cette obligation, qui découle de la common law, a également des assises constitutionnelles. En règle générale, le ministère public doit divulguer à la défense tous les éléments de preuve pertinents et non privilégiés qu'il a en sa possession. La divulgation complète et générale est la règle et non l'exception.

b) Lorsque le ministère public ne divulgue pas sa preuve et que l'accusé désire obtenir une réparation de nature constitutionnelle, l'examen doit reposer sur des fondements appropriés. À cet égard, cet examen comporte deux volets:

1) L'omission de divulguer a-t-elle eu un effet sur le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière?

2) Le ministère public, en omettant de divulguer sa preuve, a-t-il eu une conduite qui a violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence de la société et porté atteinte à l'intégrité du système judiciaire? Je souligne qu'une tentative

délibérée du ministère public de contourner les règles de divulgation élaborées dans *Stinchcombe* est un facteur à considérer dans le cadre du présent volet.

c) Lorsque l'un ou l'autre de ces effets est établi par prépondérance des probabilités, la violation de l'art. 7 est démontrée. Le juge du procès peut alors accorder une réparation fondée sur le par. 24(1). Cela devrait être fait en conformité avec les principes énoncés dans *O'Connor*, précité.

d) Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'omission de divulguer est survenue par suite de la perte ou de la destruction de l'élément de preuve en cause, pendant qu'il était en la possession du ministère public, l'examen est de façon générale le même, sauf qu'il incombe au ministère public d'expliquer l'absence de la preuve et les procédures appliquées en vue de sa conservation. Une fois cette explication fournie, cependant, l'accusé devra convaincre le juge du procès qu'il y a eu soit atteinte à son droit de présenter une défense pleine et entière soit abus de procédure.

60 Comme je l'ai dit précédemment, j'estime que cette approche est compatible avec la jurisprudence de notre Cour et les principes constitutionnels établis. En outre, j'estime également qu'une telle approche a l'avantage d'être pratique et facile à appliquer. Pour illustrer ce point, je vais la comparer à celle proposée par le juge Sopinka.

61 Mon collègue suggère d'examiner trois aspects dans les cas où la divulgation n'a pas été faite ou n'est plus possible:

1) La perte a-t-elle eu un effet sur le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière?

2) L'explication du ministère public révèle-t-elle un manquement à ses obligations en matière de divulgation et, par conséquent, une violation de l'art. 7?

3) Un abus de procédure s'est-il produit?

62 En toute déférence, je ne vois pas d'intérêt à un examen en trois volets en cas de non-divulgation d'un élément de preuve, car il semble plutôt futile de se demander si le ministère public s'est acquitté de son obligation de divulgation lorsque l'élément en cause n'est plus disponible. De toute évidence, il s'agit d'une question théorique puisque l'élément de preuve ne peut plus être divulgué. Mon collègue semble accepter qu'à cette étape, l'examen devienne une appréciation des actes de l'État qui ont entraîné la perte de la preuve. À mon avis, la meilleure façon de procéder à cette appréciation est dans le cadre de ce que l'on appelle traditionnellement la doctrine de l'abus de procédure. Je ne vois aucun besoin de les séparer sous une étiquette différente. Comme je l'ai dit dans *O'Connor*, précité, au par. 71, «[n]ous ne devrions pas laisser place à cette dichotomie du droit lorsqu'il n'est pas nécessaire de le faire».

63 Mon collègue suggère également que la norme applicable pour établir une violation du «droit à la divulgation» est moins exigeante que celle applicable en cas d'abus de procédure. À mon avis, il s'agit d'une évolution inacceptable du droit. Notre système a toujours reposé sur le fondement que la question de la mauvaise conduite du ministère public devrait être examinée en fonction d'une certaine norme. Essentiellement, mon collègue établit deux régimes en matière d'abus de procédure, l'un

applicable en cas d'abus dans le processus de divulgation, l'autre visant toutes les autres situations. À mon avis, une mauvaise conduite du ministère public n'est qu'une mauvaise conduite du ministère public. La même norme devrait s'appliquer dans tous les cas.

64 Je trouve également ironique le fait que mon collègue parle abondamment de la doctrine de l'abus de procédure, car je ne vois pas comment une telle conclusion pourrait avoir une incidence. De toute évidence, une violation du «droit à la divulgation» et, par conséquent, de l'art. 7, serait établie bien avant un abus de procédure.

65 À mon avis, la doctrine de l'abus de procédure, conjuguée au droit de présenter une défense pleine et entière, convient parfaitement pour accorder une réparation dans les cas où un élément de preuve qui était en la possession du ministère public a été détruit. À cet égard, je tiens à souligner que je ne suis pas en désaccord avec mon collègue relativement à plusieurs des critères qu'il propose dans ses motifs. Manifestement, ces facteurs aideront à déterminer s'il y a effectivement eu un abus. Je conviens également qu'un «degré inacceptable de négligence» dans la conservation de la preuve peut constituer une violation de l'art. 7.

66 En outre, la crainte que l'abus ne pourra être établi que dans les cas les plus manifestes ne devrait plus être admise. Clairement, la norme «des cas les plus manifestes» ne concerne plus maintenant que l'application de l'arrêt des procédures: voir *O'Connor*, précité. Il n'est pas nécessaire que chaque mesure prise par le ministère public se rapproche de cette norme pour justifier de conclure à une violation de l'art. 7; voir, par exemple, *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, à la p. 286, où, même si j'étais d'accord avec la majorité que la façon dont le ministère public s'était conduit en ne

respectant pas le plaidoyer négocié avec l'accusé n'était pas l'un de ces «cas les plus manifestes» requérant un arrêt des procédures, j'aurais néanmoins conclu à la violation des droits reconnus à l'accusé par l'art. 7 et substitué à la déclaration de culpabilité une déclaration de culpabilité pour l'infraction moindre sur laquelle portait le plaidoyer négocié. Comme Graeme G. Mitchell l'a souligné favorablement, la décision de notre Cour dans *O'Connor*, précité, [TRADUCTION] «annonce un changement radical de la conception de ce qui constitue un abus de procédure»: «Abuse of Process and the Crown's Disclosure Obligation» (1996), 44 C.R. (4th) 130, à la p. 136; voir également Lee Stuesser, «Abuse of Process: The Need to Reconsider» (1994), 29 C.R. (4th) 92, à la p. 103; Ursula Hendel et Peter Sankoff, «R. v. Edwards: When Two Wrongs Might Just Make a Right» (1996), 45 C.R. (4th) 330, à la p. 334. On ne peut donc pas prétendre qu'il est impossible pour l'accusé, dans un cas approprié, d'établir une violation de l'art. 7 découlant d'un abus de procédure.

67 Comme il ressort clairement de mes motifs, cependant, je suis profondément préoccupée par l'abaissement de la norme applicable pour établir une violation de l'art. 7, abaissement qui, à mon avis, découle de la reconnaissance d'un «droit à la divulgation» à caractère général. À mon avis, les violations de l'art. 7 requièrent un examen sérieux. La conclusion qu'il a été porté atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité d'un accusé sans respecter les principes de justice fondamentale ne devrait pas être tirée à la légère. J'estime que le régime que j'ai décrit plus haut protège cette notion, tout en maintenant un outil puissant pour réfréner la mauvaise conduite de l'État et éviter la tenue de procès inéquitables.

68 En terminant, j'ajouterais simplement que, dans la mesure où les motifs de mon collègue suggèrent que la conduite d'un tiers peut, en elle-même, constituer un abus

de procédure, ou laissent subsister cette possibilité, je ne puis y souscrire. À cet égard, je renvoie aux motifs que j'ai exposés, sur ce point, dans l'arrêt *Carosella*, précité.

69 Je trancherais le pourvoi de la manière proposée par le juge Sopinka.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Batting, Der, Calgary.

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