

Eric Ralph Biddle *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BIDDLE

File No.: 23734.

1994: October 14; 1995: March 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Evidence — Admissibility — Rebuttal evidence — Issue as to identity — Accused giving alibi — Crown in reply introducing evidence of witness calling part of alibi into question — Whether reply evidence properly admissible — Whether verdict supported by the evidence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i), (b)(iii).

Criminal law — Jury — Unreasonable bias — All-female jury fashioned through use of stand-bys — Provision allowing for Crown's numerical superiority in stand-bys later found unconstitutional and repealed — Whether abuse of jury selection process — Whether reasonable apprehension of bias created — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 634.

The appellant was convicted of two counts of assault causing bodily harm and two counts of choking with intent to commit an indictable offence. The four charges arose in September and October, 1986, out of two separate attacks on women. Both victims were attacked immediately after leaving the underground parking area of their respective apartment buildings. The accused was arrested returning to his car, which was parked in a parking garage, about 2 1/2 hours after the attack on the second victim (M.S.F.).

Identity was the only issue in dispute at trial. The accused provided an alibi as to his whereabouts during the time that the attack on M.S.F. occurred. The Crown, to counter the alibi, called a witness (Ms. Geurts) in rebuttal who testified that, shortly before the time cov-

Eric Ralph Biddle *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BIDDLE

N° du greffe: 23734.

1994: 14 octobre; 1995: 2 mars.

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'ONTARIO

Preuve — Admissibilité — Contre-preuve — Litige quant à l'identité — L'accusé fournit un alibi — Le ministère public introduit en contre-preuve le témoignage d'un témoin remettant en question une partie de l'alibi — La contre-preuve est-elle admissible? — Le verdict est-il fondé en preuve? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i), b)(iii).

Droit criminel — Jury — Partialité déraisonnable — Jury exclusivement féminin sélectionné au moyen des mises à l'écart — Abrogation ultérieure de la disposition accordant au ministère public un avantage numérique quant aux mises à l'écart pour cause d'inconstitutionnalité — Y a-t-il eu abus du processus de sélection du jury? — Y a-t-il crainte raisonnable de partialité? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 634.

L'appellant a été reconnu coupable sous deux chefs d'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles et deux chefs de strangulation dans l'intention de commettre un acte criminel. Les quatre accusations résultent de deux incidents distincts de voies de fait commises sur deux femmes en septembre et en octobre 1986. Les deux victimes ont été attaquées immédiatement après avoir quitté le parc de stationnement souterrain de leur immeuble d'habitation respectif. L'accusé a été arrêté lorsqu'il est retourné à son automobile qu'il avait laissée dans un parc de stationnement, environ 2 heures et demie après que la seconde victime eut été attaquée.

Seule l'identité était en litige au procès. L'accusé a fourni un alibi quant à ses allées et venues au moment où M.S.F. a été attaquée. Pour réfuter l'alibi, le ministère public a appelé un témoin (M^{me} Geurts) en contre-preuve, qui a déclaré que, peu avant le moment visé par

ered by the alibi, she had been followed by the appellant in his car while she was driving to the garage of her apartment building. This testimony did not completely refute the alibi but served to undermine the accused's credibility with respect to his whereabouts during the course of that evening. At the time this evidence was adduced, the Crown did not specify its purpose and no objection was taken to its admissibility. The appellant was permitted to call surrebuttal evidence in response.

The appellant was convicted by an all-female jury. Crown counsel had set out to empanel an all-female jury and succeeded in doing so by virtue of the unequal stand-by power given to the Crown under the former s. 634 of the *Criminal Code*. This section has since been found to be unconstitutional. The appeal was dismissed. At issue here was: (1) whether the use of the Crown's stand-by power to tailor the jury constituted an abuse of the jury selection process or created a reasonable apprehension of bias; (2) whether the verdict was unreasonable or unsupported by the evidence; and (3) whether the reply evidence called by the Crown was properly admissible.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The evidence used by the Crown to rebut the alibi was not properly admissible because the Crown split its case to the prejudice of the defence.

The accused is entitled to know the full case for the Crown at the close of the Crown's case so that it is known from the outset what must be met in response. Evidence may be brought in rebuttal after completion of the defence case where the defence has raised some new matter or defence which the Crown has had no opportunity to deal with and which the Crown could not reasonably have anticipated. Rebuttal evidence is not permitted regarding matters which merely confirm or reinforce earlier evidence adduced in the Crown's case which could have been brought before the defence was made.

The evidence tendered in rebuttal could potentially be relevant to rebut the appellant's assertion regarding his whereabouts on October 28, 1986. The rebuttal evidence would also raise questions about his credibility with respect to other facts in issue. Aside from credibility, this evidence was also potentially admissible as similar

l'alibi, l'appelant l'avait suivie dans son automobile alors qu'elle se dirigeait vers le garage de son immeuble d'habitation. Le témoignage ne réfutait pas complètement l'alibi mais il minait la crédibilité de l'accusé quant à ses allées et venues le même soir. Lorsque ce témoignage a été présenté, le ministère public n'a pas précisé son objectif, et aucune objection n'a été soulevée quant à son admissibilité. L'appelant a été autorisé à répliquer à la contre-preuve.

L'appelant a été déclaré coupable par un jury composé exclusivement de femmes. Le ministère public s'était proposé de constituer un jury féminin, et a pu le faire grâce au pouvoir inégal d'ordonner des mises à l'écart, conféré au ministère public par l'ancien art. 634 du *Code criminel*, qui a été déclaré inconstitutionnel depuis. L'appel a été rejeté. Le pourvoi soulève les questions suivantes: (1) l'utilisation par le ministère public de son pouvoir de mise à l'écart en vue de façonner le jury est-elle un abus du processus de sélection du jury ou crée-t-elle une crainte raisonnable de partialité? (2) le verdict est-il déraisonnable ou dénué de fondement en preuve? et (3) la contre-preuve produite par le ministère public est-elle admissible?

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: La preuve produite par le ministère public en vue de réfuter l'alibi n'était pas admissible puisque le ministère public a scindé sa preuve au détriment de la défense.

L'accusé a le droit, à la fin de la présentation de la preuve du ministère public, de disposer de la preuve complète du ministère public de manière à savoir, dès le début, ce à quoi il doit répondre. Une contre-preuve peut être présentée après la fin de l'argumentation de la défense, lorsque la défense a soulevé de nouvelles questions ou de nouveaux moyens de défense dont le ministère public n'a pas eu l'occasion de traiter et qu'il ne pouvait pas raisonnablement prévoir. La contre-preuve n'est pas permise en ce qui a trait à des questions qui confirment ou renforcent simplement des éléments de preuve soumis précédemment dans le cadre de la preuve du ministère public et qui auraient pu être soumis avant la présentation de la défense.

Le témoignage présenté en contre-preuve pouvait servir à réfuter les dires de l'appelant quant à l'endroit où il se trouvait le 28 octobre 1986. La contre-preuve jetait également un certain doute sur sa crédibilité relativement aux autres faits en cause. Mise à part la question de la crédibilité, ce témoignage pouvait également être

fact evidence going to the identity of the attacker in the second assault. The charge to the jury made it evident that the rebuttal evidence had a dual purpose.

Permitting the Crown to adduce the evidence in rebuttal, which was at least partly probative as similar fact evidence tending to prove identity, enabled the Crown to split its case improperly. The Crown had to introduce all evidence on the key issue of identity in the case in chief. The defence had not raised any new or unanticipated matter which required evidence in reply. The opportunity to present evidence in surrebuttal cannot remove the prejudice caused by splitting the Crown's case since the appellant was deprived of the opportunity of knowing the case to be met prior to deciding to testify.

It is unnecessary to decide whether, if the reply evidence was tendered as being relevant to credibility, the collateral fact rule was violated because the evidence was limited to that purpose. In fact, the Crown did not specify the purpose for which it was being led and the trial judge actually invited the jury to consider the evidence as similar fact evidence.

In light of this instruction a jury might well have accepted this evidence as highly relevant to the identity of the perpetrator of the assault on the complainant. This constituted a serious misdirection to the jury especially since the identification evidence was already tenuous. Section 686(1)(b)(iii) of the *Code* could not be invoked to cure the error of law here. A jury acting reasonably and properly, absent the error of allowing the Crown to adduce the similar fact evidence in rebuttal, could indeed have acquitted the accused.

The surrebuttal evidence did not cure the prejudice caused to the appellant. Not only was the importance of the evidence given in rebuttal unduly highlighted but also the appellant was forced to take the witness stand a second time to answer the Crown's case. This alone has an adverse effect for it creates the impression that the appellant was caught in a lie. The appellant is also subjected to cross-examination for a second time and the Crown is given a second chance to attack his credibility when it ought to have put its entire case in evidence at the outset. Given the frailties of the identification evi-

admissible à titre preuve de faits similaires relativement à l'identité de l'assaillant de la seconde victime. L'exposé au jury a fait clairement ressortir que la contre-preuve servait deux fins.

Du fait qu'il a pu produire en contre-preuve un témoignage en partie probant à titre de preuve de faits similaires tendant à prouver l'identité, le ministère public a pu scinder illégalement sa preuve. Le ministère public devait introduire dans sa preuve principale tous les éléments de preuve relatifs à la question-clé de l'identité. La défense n'avait pas soulevé de questions nouvelles ou imprévues qui requéraient une contre-preuve. La possibilité de répliquer à la contre-preuve ne peut éliminer le préjudice que le ministère public a causé à l'appelant en scindant sa preuve puisque ce dernier a été privé de la possibilité de connaître la preuve à laquelle il devait répondre avant de décider de témoigner.

Il est inutile de décider si, même si la contre-preuve a été produite parce qu'elle était pertinente quant à la crédibilité, la règle relative aux faits incidents a été violée puisque l'utilisation de la preuve se limitait à cette fin. En fait, le ministère public n'a pas précisé quel objectif il visait en la produisant et le juge du procès a invité le jury à considérer la preuve comme une preuve de faits similaires.

Sur la foi de cette directive, il est fort possible qu'un jury ait considéré que le témoignage était très pertinent quant à l'identité de l'auteur des voies de fait commises sur la plaignante. Il s'agit d'une grave erreur dans les directives au jury, surtout quand la preuve d'identification était déjà ténue. Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code* ne peut être invoqué pour remédier à l'erreur de droit commise en l'espèce. N'eût été l'erreur de permettre au ministère public de produire la preuve de faits similaires en contre-preuve, un jury agissant raisonnablement et ayant reçu des directives appropriées aurait pu acquitter l'accusé.

La possibilité de répliquer à la contre-preuve n'a pas remédié au tort subi par l'appelant. Non seulement la contre-preuve a-t-elle été mise indûment en valeur, mais encore l'appelant a été contraint de revenir témoigner pour répliquer à la preuve du ministère public. Ce simple fait cause un préjudice puisqu'il crée l'impression que l'appelant s'est fait prendre à mentir. Ce dernier est soumis une deuxième fois à un contre-interrogatoire et le ministère public jouit d'une seconde occasion de mettre en cause la crédibilité de l'appelant alors qu'il aurait dû présenter la totalité de sa preuve dès le début. Vu les faiblesses de la preuve d'identification produite au procès, il se peut que la contre-preuve ait eu une grande

dence adduced at trial, the rebuttal evidence may have been quite significant in convicting the appellant.

The verdicts, notwithstanding the frailties of the identification evidence, were not unreasonable and unsupported by the evidence within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Code*. Since the verdicts were not unreasonable, appellant was not entitled to be acquitted of the charges. No opinion was expressed on the admissibility of Ms. Geurts if properly introduced at the new trial. A new trial was warranted because of the error of allowing the Crown to split its case.

It was not necessary to deal with the issue of the Crown's alleged misuse of its right to stand by potential jurors under the former s. 634 of the *Code*. That provision had been found to be unconstitutional and was repealed. Therefore, this issue could not recur and was only of academic interest.

Per Gonthier J.: Sopinka J.'s opinion on the issues of the reasonableness of the verdict given the evidence and the admissibility of the evidence given in reply was shared.

The issue of whether the Crown's use of its stand-by power to obtain an all-female jury constituted abuse of the jury selection process giving rise to a reasonable apprehension of bias was not academic and needed to be addressed. The Crown cannot fashion, and must not be perceived to fashion, a jury which may seem favourable to it. The actual effect of such a prosecutorial practice on the fundamental characteristics of the jury is not a determining element. It is rather a matter of gauging the anticipated effect of the Crown's conduct on the perception of a reasonable observer as to the quality of the jury selected. The Crown is also obliged to promote the fairness of the trial and accordingly must make wise use of its powers in the jury selection process in order to select one that is impartial, representative and competent. Impartiality is the most important of these three elements. Competence is more difficult to influence directly through the use of stand-bys. The selection process can more easily affect the representative nature of the jury which is a characteristic furthering the perception of impartiality even if not fully ensuring it. Since impartiality is best guaranteed by the unanimous verdict of a representative jury, an apparent attempt by the

importance dans la déclaration de culpabilité de l'appellant.

Malgré les faiblesses de la preuve d'identification, les verdicts ne sont pas déraisonnables ni dénués de fondement en preuve au sens du sous-al. 686(1)a(i) du *Code*. Puisque les verdicts ne sont pas déraisonnables, l'appellant ne peut être acquitté. Aucune opinion n'est exprimée sur l'admissibilité du témoignage de M^{me} Geurts s'il est régulièrement produit dans le cadre du nouveau procès. Un nouveau procès se justifie en raison de l'erreur commise en autorisant le ministère public à scinder sa preuve.

Il n'est pas nécessaire d'étudier la question de la mauvaise utilisation que le ministère public aurait faite de son droit de mettre des jurés à l'écart conformément à l'ancien art. 634 du *Code*. Comme cette disposition a été jugée inconstitutionnelle et abrogée, cette question ne peut plus se représenter et présente un intérêt théorique seulement.

Le juge Gonthier: L'opinion du juge Sopinka sur les questions du caractère raisonnable du verdict vu la preuve et sur l'admissibilité de la contre-preuve est acceptée.

La question de savoir si l'usage, par le ministère public, de son pouvoir d'ordonner des mises à l'écart aux fins d'obtenir un jury exclusivement féminin a constitué un abus dans le processus de sélection des jurés et engendré une crainte raisonnable de partialité n'est pas d'intérêt académique et doit être étudiée. Le ministère public ne peut façonner, et ne doit pas être perçu comme façonnant un jury qui peut lui sembler favorable. L'effet concret de la démarche du poursuivant sur les caractéristiques fondamentales du jury n'est pas un élément déterminant. Il s'agit plutôt de jauger l'effet projeté par le comportement du ministère public sur la perception que peut avoir l'observateur raisonnable de la qualité du jury sélectionné. Le ministère public a également l'obligation de promouvoir l'équité du procès et, pour cette raison, doit faire un emploi judicieux de ses pouvoirs dans le cadre du processus de sélection des jurés pour que soit constitué un jury impartial, représentatif et compétent. L'impartialité est le plus important de ces trois éléments. Il est plus difficile d'exercer sur la compétence une influence directe par le recours aux mises à l'écart. La représentativité, une caractéristique qui, sans la garantir complètement, favorise la perception d'impartialité, est plus susceptible de se voir affectée par le processus de sélection. Puisque l'impartialité est davantage garantie par le verdict unanime d'un jury représentatif, une tentative manifeste, par le minis-

Crown to exclude representativeness undermines that impartiality.

Per McLachlin J.: A jury must be impartial and competent but need not be representative. Representativeness is a means of achieving impartiality and competence but is not essential if a jury has these qualities, and absence of representativeness does not automatically entitle an accused person to a new trial. To set the standard that a jury must be representative is to set one impossible to achieve merely because of the many groups and variants into which society may be divided.

The Crown, in empanelling an all-female jury, did not deliberately abuse the system. No evidence suggested that it used its stand-by powers to achieve a favourable jury or that the jury was, or was perceived to be, anything but impartial and competent.

A reasonable member of the public would not see an all-female jury as favouring the Crown. The question is not whether people might for irrational reasons object to an all-female jury but whether such people could reasonably object to an all-female jury whose members were otherwise found fit to judge the issues.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The reasons of Doherty J.A. of the unanimous Court of Appeal were adopted with respect to the issues before this Court.

First, the Crown's deliberate empanelling of an all-female jury through the use of its numerical superiority in standing by jurors did not require that the jury verdicts be set aside as it did not lead to a reasonable apprehension of bias. A reasonable, well-informed observer would not reasonably apprehend that an all-female jury would be favourably disposed to find for the Crown on the identification issue upon which this case turned. Making findings of partiality on the basis of assumed stereotypical reactions based on gender is dangerous and contrary to our concepts of equality and individuality. Nothing in the circumstances of this case lifted the submission that an all-female jury could give rise to a reasonable apprehension of bias above the level of unwarranted stereotyping.

rière public, d'écarter la représentativité constitue une atteinte à l'impartialité.

Le juge McLachlin: Le jury doit être impartial et compétent, mais il n'a pas à être représentatif. La représentativité est un moyen d'atteindre l'impartialité et la compétence, mais elle n'est pas essentielle si le jury est doté de ces qualités, et son absence ne donne pas automatiquement à l'accusé le droit à un nouveau procès. Exiger la représentativité d'un jury revient à fixer une norme impossible à atteindre, pour la simple raison que la collectivité peut être partagée en de nombreux groupes et selon de nombreuses caractéristiques.

Le ministère public, en sélectionnant un jury exclusivement féminin, n'a pas délibérément abusé du processus. Aucune preuve ne permet de conclure que le ministère public a eu recours à son pouvoir de mettre des jurés à l'écart dans le but d'obtenir un jury qui lui soit favorable, ou que le jury sélectionné n'était pas impartial et compétent, ou qu'il pouvait être perçu comme tel.

Une personne raisonnable ne considérerait pas qu'un jury féminin appuiera la thèse du ministère public. Il ne s'agit pas de savoir si des personnes risquent, pour des raisons irrationnelles, de s'opposer à la formation d'un jury exclusivement féminin, mais plutôt de savoir si ces personnes pourraient raisonnablement s'opposer à un jury féminin dont chaque membre a été jugé par ailleurs apte à juger les questions soulevées dans l'affaire.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les motifs du juge Doherty au nom de la Cour d'appel sont acceptés relativement aux questions soumises à notre Cour.

Premièrement, la sélection délibérée par le ministère public d'un jury exclusivement féminin grâce à l'avantage numérique dont il jouissait pour mettre des jurés à l'écart n'exigeait pas que les verdicts du jury soient infirmés puisqu'elle ne donnait pas lieu à une crainte raisonnable de partialité. L'observateur raisonnable et bien renseigné ne craindrait pas raisonnablement qu'un jury exclusivement féminin soit plus disposé à conclure en faveur du ministère public sur la question de l'identification. Il est dangereux et contraire à nos notions d'égalité et d'individualité de conclure à la partialité en présumant l'existence de réactions stéréotypées fondées sur le sexe. Rien dans les circonstances de l'affaire ne permet de dire que la prétention suivant laquelle un jury exclusivement féminin pourrait susciter une crainte raisonnable de partialité est autre chose qu'un stéréotype injustifié.

Second, given the evidence adduced at trial, the verdicts against the appellant were reasonable.

Third, the trial judge did not improperly exercise his discretion in permitting the Crown to adduce the evidence of Ms. Geurts in reply. A reasonable trial judge properly applying the principles relating to the admissibility of reply evidence could have admitted this reply evidence. While the reply evidence had little relevance to the issue of identity, it became much more relevant after the appellant had given a detailed account of his whereabouts. Furthermore, the appellant was not prejudiced by the admission of the reply evidence.

Finally, agreement was expressed with McLachlin J.'s comments on the issue of jury representativeness.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476; *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466; *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *Latour v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 361; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Wood* (1986), 28 C.C.C. (3d) 65; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

By Gonthier J.

Considered: *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; **referred to:** *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Bain, [1992] 1 S.C.R. 91.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 563(1), (2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 634 [rep. & sub. 1992, c. 41, s. 2], 686(1)(a)(i), (b)(iii).

Authors Cited

Cross, Rupert, Sir, and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed. London: Butterworths, 1990.
Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1988.

Deuxièmement, étant donné la preuve produite au procès, les verdicts rendus contre l'appellant étaient raisonnables.

Troisièmement, le juge du procès n'a pas mal exercé son pouvoir discrétionnaire en permettant au ministère public de produire le témoignage de M^{me} Geurts en contre-preuve. Le juge du procès appliquant correctement les principes relatifs à l'admissibilité de la contre-preuve aurait pu raisonnablement admettre cette contre-preuve. Bien que la contre-preuve ne soit guère pertinente quant à la question de l'identité, elle a revêtu une pertinence beaucoup plus grande après que l'appellant eut fait un récit détaillé de ses déplacements. En outre, l'appellant n'a subi aucun tort du fait de l'admission de la contre-preuve.

Enfin, les commentaires du juge McLachlin sur la question de la représentativité du jury sont acceptés.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476; *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466; *R. c. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6; *Latour c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 361; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Wood* (1986), 28 C.C.C. (3d) 65; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

Citée par le juge Gonthier

Arrêt examiné: *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; **arrêt mentionné:** *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Bain, [1992] 1 R.C.S. 91.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 634 [abr. & rempl. 1992, ch. 41, art. 2], 686(1)a)(i), b)(iii).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 563(1), (2).

Doctrine citée

Cross, Rupert, Sir, and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed. London: Butterworths, 1990.
Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1988.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 14 O.R. (3d) 756, 65 O.A.C. 20, 84 C.C.C. (3d) 430, 24 C.R. (4th) 65, dismissing the accused's appeal from his conviction for assault causing bodily harm and choking with intent to commit an indictable offence. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Bruce Duncan and Todd Ducharme, for the appellant.

Norman P. Farrell, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

SOPINKA J. —

I. Facts

The appellant was convicted of two counts of assault causing bodily harm and two counts of choking with intent to commit an indictable offence. He was acquitted at trial of two other charges. The four charges arose out of two separate incidents relating to attacks on a female complainant (C.L.F.) in September 1986, and on a second female complainant (M.S.F.) in October 1986. Both victims were attacked immediately after leaving the underground parking area of their respective apartment buildings. Both women were beaten and choked and suffered bodily harm.

On September 25, 1986, C.L.F. returned to her apartment building at about 1 a.m. She parked her car in the underground garage and went to the elevator. While waiting, she heard footsteps from behind but did not turn around. At that moment, she was attacked from behind as a black object came in front of her face and was then pulled tightly around her neck. After seeing her attacker briefly, C.L.F. passed out as a result of the chok-

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 14 O.R. (3d) 756, 65 O.A.C. 20, 84 C.C.C. (3d) 430, 24 C.R. (4th) 65, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement aux accusations de voies de fait causant des lésions corporelles et de strangulation dans l'intention de commettre un acte criminel. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Bruce Duncan et Todd Ducharme, pour l'appelant.

Norman P. Farrell, pour l'intimée.

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

LE JUGE SOPINKA —

I. Les faits

L'appelant a été reconnu coupable relativement à deux chefs d'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles et deux chefs de strangulation dans l'intention de commettre un acte criminel. Au procès, il a été acquitté relativement à deux autres accusations. Les quatre accusations ont été portées à la suite de deux incidents distincts de voies de fait commises sur une plaignante (C.L.F.) en septembre 1986, et sur une autre (M.S.F.) en octobre 1986. Les deux victimes ont été attaquées immédiatement après avoir quitté le parc de stationnement souterrain de leur immeuble d'habitation respectif. Elles ont été battues, étranglées, et ont subi des lésions corporelles.

Le 25 septembre 1986, vers 1 h, C.L.F. retournait à son appartement. Après avoir stationné son automobile dans le garage souterrain, elle s'est dirigée vers l'ascenseur. Pendant qu'elle attendait, elle a entendu des pas derrière elle, mais ne s'est pas retournée. Elle a alors été attaquée par derrière, un objet noir a été passé devant son visage, puis serré étroitement autour de son cou. Après avoir vu son assaillant brièvement, C.L.F.

ing. When she awoke, she noticed that her purse was gone.

s'est évanouie sous l'effet de la strangulation. Lorsqu'elle a repris conscience, son sac à main avait disparu.

3 On October 28, 1986, M.S.F. returned to her apartment building between 10:00 p.m. and 10:30 p.m. After parking her car in the underground garage she ran to the stairway leading to the foyer. She was confronted by a man who pushed her against a wall, punched her and then beat her and stomped on her. M.S.F. yelled "fire" and her assailant got up, looked at her and walked out the door. M.S.F. then went for assistance and was taken to the hospital.

Le 28 octobre 1986, M.S.F. est retournée à son appartement entre 22 h et 22 h 30. Après avoir stationné son automobile dans le garage souterrain, elle s'est dirigée en courant vers l'escalier menant au hall d'entrée. Elle s'est retrouvée face à un homme qui l'a poussée contre un mur, lui a asséné un coup de poing puis l'a battue et frappée de coups de pied. Lorsque M.S.F. a crié «au feu», son assailant s'est levé, l'a regardée et s'est enfui. M.S.F. a alors appelé à l'aide, puis a été conduite à l'hôpital.

4 At trial, the appellant testified that, on the night of October 28, 1986, he was at a show from around 7:30 p.m. to 9:15 p.m. He claimed that, after leaving the show early, he then walked his dog and went to visit a friend who was not home. The appellant stated that he then drove to two bars and left his car at a parking garage around 11:25 p.m. Upon returning to his car, the appellant was arrested. This was approximately 2 1/2 hours after the attack of M.S.F.

Au procès, l'appelant a témoigné que, la nuit du 28 octobre 1986, il a assisté à un spectacle entre 19 h 30 environ et 21 h 15. Il prétend qu'après avoir quitté le spectacle tôt, il était allé promener son chien, puis s'était rendu chez une amie qui n'était pas à la maison. Aux dires de l'appelant, il s'est rendu dans deux bars, en automobile, puis a laissé celle-ci dans un parc de stationnement à environ 23 h 25. À son retour, l'appelant a été arrêté. Environ 2 heures et demie s'étaient écoulées depuis que M.S.F. avait été attaquée.

5 In order to refute the alibi of the appellant, the Crown called the evidence of Ms. Ruth Geurts in rebuttal. She testified that, at around 8:30 p.m. that evening, she had been followed by the appellant in his car, while driving to the garage of her apartment building. At the time this evidence was adduced, the Crown did not specify its purpose and no objection was taken to its admissibility. The appellant was permitted to call surrebuttal evidence in response.

Pour réfuter l'alibi de l'appelant, le ministère public a appelé Mme Ruth Geurts à témoigner en contre-preuve. Elle a déclaré qu'à environ 20 h 30 ce soir-là, l'appelant l'avait suivie dans son automobile au moment où elle se dirigeait vers le garage de son immeuble d'habitation. Lorsque ce témoignage a été présenté, le ministère public n'a pas précisé son objectif, et aucune objection n'a été soulevée quant à son admissibilité. L'appelant a été autorisé à répliquer au témoignage.

6 The appellant was tried by an all-female jury and was convicted on the four counts relating to the attacks on C.L.F. and M.S.F. Crown counsel had set out to empanel an all-female jury and succeeded in doing so by virtue of the former s. 634 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (which has since been declared unconstitutional in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91). That provision gave the Crown four peremptory challenges and 48

Jugé par un jury composé exclusivement de femmes, l'appelant a été déclaré coupable relativement aux quatre chefs d'accusation liés aux voies de fait commises sur C.L.F. et sur M.S.F. Le substitut du procureur général, qui s'était proposé de constituer un jury féminin, a pu le faire grâce à l'ancien art. 634 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (qui a depuis été déclaré inconstitutionnel dans l'arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91). Cette

stand-bys while the appellant had only 12 peremptory challenges and no stand-bys.

Identity was the only issue in dispute at trial. The appellant appealed the verdict based on three grounds. First, he argued that the convictions were unreasonable due to the frailty of the identification evidence. Secondly, he argued that the reply evidence of Ms. Geurts was not properly admissible, claiming that the Crown split its case. Finally, it was argued that, by empanelling an all-female jury, the Crown abused its use of the stand-by power which was still in effect at the time of the trial.

The appeal was dismissed by a unanimous Court of Appeal for Ontario ((1993), 14 O.R. (3d) 756). Although it was recognized that the identification evidence was admittedly less than ideal, Doherty J.A. concluded that a properly instructed jury acting judicially could reasonably have returned a guilty verdict on the four charges. The Court of Appeal also rejected the contention that the Crown's use of stand-bys to empanel an all-female jury would create a reasonable apprehension of bias. The final ground of appeal relating to the admissibility of the reply evidence also failed. Doherty J.A. held that the evidence of Ms. Geurts became much more relevant after the appellant had testified concerning his location at 8:30 p.m. As well, there was no prejudice to the appellant since he was aware of the nature of the evidence of Ms. Geurts and had an opportunity to respond to it. Thus, it was held that the trial judge did not err in admitting the reply evidence.

II. Issues

The appellant raised three grounds of appeal:

1. Did the Court of Appeal err in law in holding that the use by the Crown of its stand-by power

disposition permettait au ministère public de récuser péremptoirement quatre jurés et d'ordonner la mise à l'écart de 48 jurés alors que l'accusé ne pouvait en récuser péremptoirement que 12 et ordonner aucune mise à l'écart.

Seule l'identité était en litige au procès. L'appellant a interjeté appel du verdict en invoquant trois moyens. En premier, il a fait valoir que les déclarations de culpabilité étaient déraisonnables en raison des faiblesses de la preuve d'identification. Deuxièmement, il a en outre soutenu que le témoignage de M^{me} Geurts en contre-preuve n'était pas admissible puisque le ministère public avait scindé sa preuve. Enfin il a fait valoir qu'en constituant un jury entièrement féminin, le ministère public avait abusé de son pouvoir de mettre des jurés à l'écart, pouvoir qui était toujours en vigueur à l'époque du procès.

La Cour d'appel de l'Ontario à l'unanimité a rejeté l'appel ((1993), 14 O.R. (3d) 756). Bien qu'il ait été reconnu que la preuve d'identification était moins que parfaite, le juge Doherty de la Cour d'appel a conclu qu'un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant judiciairement aurait raisonnablement pu prononcer un verdict de culpabilité relativement aux quatre accusations. La Cour d'appel a également écarté la prétention portant que le recours par le ministère public aux mises à l'écart afin de constituer un jury féminin créait une crainte raisonnable de partialité. Le dernier moyen d'appel relatif à l'admissibilité de la contre-preuve a également été rejeté. Le juge Doherty a conclu que le témoignage de M^{me} Geurts était beaucoup plus pertinent après que l'appellant eut témoigné sur l'endroit où il se trouvait à 20 h 30. De plus, l'appellant n'avait subi aucun tort puisqu'il connaissait la nature du témoignage de M^{me} Geurts et avait eu la possibilité d'y répliquer. La cour a donc conclu que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en admettant la contre-preuve.

II. Questions en litige

L'appelant soulève trois moyens d'appel:

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l'utilisation par le minis-

to tailor the jury did not constitute an abuse of the jury selection process or create a reasonable apprehension of bias?

2. Did the Court of Appeal err in holding that the verdict was not unreasonable or unsupported by the evidence?
3. Did the Court of Appeal err in holding that the reply evidence called by the Crown was properly admissible?

10

I conclude that the appellant is entitled to a new trial on the basis of the third ground. The appeal fails on the second ground and it is not necessary to deal with the first ground. I propose to deal with the issues in that order.

III. Analysis

A. *Was the Reply Evidence Admissible?*

11

The appellant submitted that the evidence of Ms. Geurts, which was tendered in reply to the defence's case, was not properly admissible because the Crown split its case to the prejudice of the defence. The appellant also contended that the admission of the evidence violated the collateral fact rule.

12

The rationale behind the rule against allowing the Crown to split its case was stated by this Court in *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476. The judgment of a unanimous Court was delivered by Estey J. and Lamer J. (as he then was) who wrote, at pp. 480-81:

Clearly this is the situation referred to in criminal practice as the prosecution splitting its case. The wrongs which flow from such a practice are manifold and the practice has been prohibited from the earliest days of our criminal law.

These are the consequences that flow from a violation of one of the fundamental precepts of our criminal process, namely the dividing of the prosecution's case so as to sandwich the defence. This is a particularly lethal tactic where the evidence in reply raises a new issue and attacks the accused's credibility for this is the last evi-

rière public de son pouvoir de mettre des jurés à l'écart en vue de former le jury ne constitue pas un abus du processus de sélection du jury ni ne soulève une crainte raisonnable de partialité?

2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le verdict n'était pas déraisonnable ni dénué de fondement en preuve?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la contre-preuve produite par le ministère public était admissible?

Je conclus que l'appellant a droit à un nouveau procès sur le fondement du troisième moyen, que le second moyen d'appel échoue, et qu'il est inutile de se prononcer sur le premier. J'examinerai les questions dans cet ordre.

III. Analyse

A. *La contre-preuve était-elle admissible?*

L'appellant a fait valoir que le témoignage de M^{me} Geurts, présenté en réponse à la preuve de la défense, n'était pas admissible puisque le ministère public avait scindé sa preuve au détriment de la défense. L'appellant a également prétendu que l'admission de la preuve violait la règle relative aux faits incidents.

Le fondement de la règle qui interdit le fractionnement de la preuve par le ministère public a été énoncé par notre Cour dans l'arrêt *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476. Le jugement unanime a été rendu par les juges Estey et Lamer (maintenant Juge en chef), qui ont écrit aux pp. 480 et 481:

Il s'agit là manifestement de la situation désignée en pratique criminelle comme la division de la preuve de la poursuite. Les effets néfastes qui découlent de cette pratique sont nombreux et elle est interdite depuis le tout début de notre droit criminel.

Ce sont là les conséquences qui découlent de la violation d'un des préceptes fondamentaux de notre procédure criminelle, c'est-à-dire la division de la preuve de la poursuite de manière à coincer la défense. C'est une tactique particulièrement destructrice si le témoignage donné en contre-preuve soulève une nouvelle question

dence which the members of the jury hear prior to their deliberations. It also raises the question as to the propriety of the Crown's conduct in the context of the accused's right to elect to remain silent or to elect to enter the witness box in his own defence. He must be given the opportunity of making this decision in the full awareness of the Crown's complete case. This did not occur in these proceedings.

In *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466, McIntyre J., for the Court, explained under what circumstances the Crown may call evidence in rebuttal. At pages 473-74 he noted that the general rule is that the Crown cannot split its case. McIntyre J. added:

The Crown or the plaintiff must produce and enter in its own case all the clearly relevant evidence it has, or that it intends to rely upon, to establish its case with respect to all the issues raised in the pleadings; in a criminal case the indictment and any particulars This rule prevents unfair surprise, prejudice and confusion which could result if the Crown or the plaintiff were allowed to split its case, that is, to put in part of its evidence — as much as it deemed necessary at the outset — then to close the case and after the defence is complete to add further evidence to bolster the position originally advanced. The underlying reason for this rule is that the defendant or the accused is entitled at the close of the Crown's case to have before it the full case for the Crown so that it is known from the outset what must be met in response.

The plaintiff or the Crown may be allowed to call evidence in rebuttal after completion of the defence case, where the defence has raised some new matter or defence which the Crown has had no opportunity to deal with and which the Crown or the plaintiff could not reasonably have anticipated. But rebuttal will not be permitted regarding matters which merely confirm or reinforce earlier evidence adduced in the Crown's case which could have been brought before the defence was made. [Emphasis added.]

et met en cause la crédibilité de l'accusé, puisqu'il s'agit du dernier témoignage que les membres du jury entendent avant de délibérer. Cette pratique pose également la question de la justesse de la conduite de la poursuite eu égard au droit de l'accusé de choisir de garder le silence ou de choisir de témoigner pour sa propre défense. Il doit avoir la possibilité de prendre cette décision en toute connaissance de la totalité de la preuve de la poursuite. Ce n'est pas ce qui s'est produit dans ces procédures.

Dans l'arrêt *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466, le juge McIntyre, pour la Cour, a expliqué dans quelles circonstances le ministère public peut produire une contre-preuve. Aux pages 473 et 474, il a indiqué que, suivant la règle générale, le ministère public n'est pas autorisé à scinder sa preuve. Puis il a ajouté:

Le ministère public ou le demandeur [en matière civile] doit produire et inclure dans sa preuve tous les éléments clairement pertinents dont il dispose ou sur lesquels il a l'intention de se fonder pour établir sa preuve relativement à toutes les questions soulevées dans les débats; dans une affaire criminelle, l'acte d'accusation et tous les renseignements [. . .] Cette règle empêche les surprises injustes, les préjudices et la confusion qui pourraient résulter si le ministère public ou le demandeur était autorisé à scinder sa preuve, c'est-à-dire, à présenter une partie de ses éléments de preuve — autant qu'il l'estime nécessaire au départ — pour ensuite terminer la présentation de sa preuve et, après la fin de l'argumentation de la défense, ajouter d'autres éléments de preuve à l'appui de la position présentée au début. La raison d'être de cette règle est que le défendeur ou l'accusé a le droit à la fin de la présentation de la preuve du ministère public de disposer de la preuve complète du ministère public de manière à savoir, dès le début, ce à quoi il doit répondre.

Le demandeur ou le ministère public peut être autorisé à présenter une contre-preuve après la fin de l'argumentation de la défense, lorsque la défense a soulevé de nouvelles questions ou de nouveaux moyens de défense dont le ministère public n'a pas eu l'occasion de traiter et que le ministère public ou le demandeur ne pouvait pas raisonnablement prévoir. Toutefois, la contre-preuve n'est pas permise en ce qui a trait à des questions qui confirment ou renforcent simplement des éléments de preuve soumis précédemment dans le cadre de la preuve du ministère public et qui auraient pu être soumis avant la présentation de la défense. [Je souligne.]

14

The following excerpt from *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.), at p. 26, is also relevant:

The general rule with respect to the order of proof is that the prosecution must introduce all the evidence in its possession upon which it relies as probative of guilt, before closing its case The rule prevents the accused being taken by surprise, and being deprived of an adequate opportunity to make a proper investigation with respect to the evidence adduced against him. The rule also provides a safeguard against the importance of a piece of evidence, by reason of its late introduction, being unduly emphasized or magnified in relation to the other evidence.

Rebuttal evidence by the prosecution is restricted to evidence to meet new facts introduced by the defence. The accused's mere denial of the prosecution's case in the witness-box does not permit the prosecution in reply to reiterate its case, or to adduce additional evidence in support of it. In practice, however, it may often be difficult to distinguish between evidence, properly the subject of rebuttal, and evidence of facts relevant to prove guilt which should have been proved in the first instance by a full presentation of the prosecution's case

The Court has, however, a discretion to admit evidence in reply which has become relevant to the prosecution's case as a result of defence evidence which the Crown could not reasonably be expected to anticipate. [Emphasis by underlining added.]

15

In the present case, in my view, the evidence tendered in rebuttal could potentially be relevant for two purposes. First, Ms. Geurts' testimony was relevant to rebut the appellant's assertion regarding his whereabouts at around 8:30 p.m. on October 28, 1986. While the evidence did not directly refute the appellant's alibi, since the offence occurred between 10:00 p.m. and 10:30 p.m. that night, it impeached his credibility with respect to his whereabouts during the course of that evening. As the Crown noted in its factum, the fact that the appellant may have lied about his whereabouts at 8:30 p.m. would cast doubt on the credibility of the appellant's testimony in respect of other facts in issue.

Le passage suivant, tiré de l'arrêt *R. c. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (C.A. Ont.), à la p. 26, est également pertinent:

[TRADUCTION] Suivant la règle générale en matière de présentation de la preuve, la poursuite doit, avant de clore sa preuve, introduire tous les éléments de preuve qui sont en sa possession et sur lesquels elle se fonde pour établir la culpabilité [. . .] La règle protège l'accusé contre les surprises et lui garantit une possibilité raisonnable de faire des recherches convenables sur la preuve qui pèse contre lui. La règle permet également d'empêcher que, du fait de sa présentation tardive, un élément de preuve prenne une importance indûment marquée ou accrue par rapport aux autres éléments de preuve.

En contre-preuve, la poursuite doit se limiter à produire une preuve qui répond à de nouveaux faits introduits par la défense. Le simple fait que l'accusé nie dans son témoignage la preuve de la poursuite n'autorise pas celle-ci à la réitérer en contre-preuve, ou à présenter des éléments de preuve supplémentaires pour l'étayer. En pratique toutefois, il est fréquemment difficile de distinguer entre la preuve qui peut être à juste titre produite en contre-preuve et la preuve de faits pertinents quant à la culpabilité, qui aurait dû être produite en premier lieu dans le cadre de la preuve de la poursuite . . .

La cour a toutefois le pouvoir discrétionnaire d'admettre une contre-preuve devenue pertinente quant à la preuve de la poursuite en conséquence d'éléments de preuve de la défense que le ministère public ne pouvait raisonnablement prévoir. [Je souligne; italiques dans l'original.]

En l'espèce, à mon avis, le témoignage de Mme Geurts présenté en contre-preuve pouvait servir deux fins. D'une part, il visait à réfuter les dires de l'appellant quant à l'endroit où il se trouvait le 28 octobre 1986 vers 20 h 30. Si le témoignage ne réfutait pas directement l'alibi de l'appellant puisque l'infraction a été commise entre 22 h et 22 h 30 ce soir-là, il minait par contre sa crédibilité quant à ses allées et venues le même soir. Ainsi que le ministère public l'a souligné dans son mémoire, le fait que l'appellant ait pu mentir sur l'endroit où il se trouvait à 20 h 30 jetterait un certain doute sur la crédibilité de son témoignage relativement aux autres faits en cause.

Aside from attacking the appellant's credibility, the rebuttal evidence was also potentially admissible as similar fact evidence going to the identity of M.S.F.'s attacker. Given that identity was essentially the sole issue at trial, the significance of this evidence cannot be underestimated. The nature of the evidence of Ms. Geurts was summed up in the trial judge's charge to the jury, as follows:

Her evidence would appear to therefore put Biddle on Holly Street at about 8:30 p.m., or let us say 8:30 to 8:45 p.m., in that area of time. This was the time when Biddle said that he was at the Reveen performance at Danforth and Broadview. It also puts Biddle in the sinister role of following a car driven by a woman of about the same age and category of [C.L.F.] and [M.S.F.] — by "category" I mean young businesswomen driving cars. [Emphasis added.]

The charge to the jury, therefore, made it quite evident that there was a dual purpose to the admission of the reply evidence.

In oral argument, the Crown conceded that if the reply evidence was tendered as similar fact evidence, then it ought to have been adduced in the case in chief. This was an appropriate concession since the probative value of the similar fact aspect of Ms. Geurts' testimony related to the identity of the appellant. This was a key issue with respect to the innocence or guilt of the appellant.

Permitting the Crown to adduce the evidence of Ms. Geurts in rebuttal, which was at least partly probative as similar fact evidence tending to prove identity, enabled the Crown to split its case improperly. It was clear that identity was the key issue at trial and the Crown had an obligation to introduce all relevant evidence to this issue in the case in chief. It cannot be said that the defence had raised some new matter or defence with which the Crown had no opportunity to deal and which the Crown could not reasonably have anticipated. The Crown was in possession of the evidence of Ms. Geurts prior to the defence case and must have reasonably anticipated that the appellant would challenge the identification evidence presented. As the

En plus d'attaquer la crédibilité de l'appellant, la contre-preuve pouvait également être admissible à titre preuve de faits similaires relativement à l'identité de l'assaillant de M.S.F. Étant donné que l'identité était essentiellement l'unique question soulevée au procès, on ne saurait sous-estimer l'importance de cette preuve. Le juge du procès, dans son exposé au jury, a résumé ainsi la nature du témoignage de M^{me} Geurts:

[TRADUCTION] Son témoignage semblerait donc situer Biddle rue Holly vers 20 h 30, ou disons plutôt entre 20 h 30 et 20 h 45 environ. Biddle a soutenu qu'il était alors au spectacle de Reveen au coin de Danforth et Broadview. Le témoignage place également Biddle dans le rôle sinistre de celui qui a suivi une automobile conduite par une femme à peu près du même âge et de la même catégorie que [C.L.F.] et [M.S.F.] — par «catégorie», j'entends de jeunes professionnelles au volant d'une automobile. [Je souligne.]

Dans son exposé au jury, le juge du procès a donc fait clairement ressortir que l'admission de la contre-preuve servait deux fins.

Dans sa plaidoirie, le ministère public a admis que si la contre-preuve se voulait une preuve de faits similaires, elle aurait alors dû être produite dans le cadre de la preuve principale. Cette concession est juste puisque la valeur probante de l'aspect du témoignage de M^{me} Geurts qui portait sur les faits similaires concernait l'identité de l'appellant. C'était là une question-clé quant à l'innocence ou à la culpabilité de l'appellant.

Du fait qu'il a pu produire le témoignage de M^{me} Geurts en contre-preuve, lequel témoignage était à tout le moins en partie probant à titre de preuve de faits similaires tendant à prouver l'identité de l'assaillant, le ministère public a été autorisé à scinder illégalement sa preuve. À l'évidence, l'identité était la question-clé au procès, et le ministère public avait l'obligation d'introduire dans sa preuve principale tous les éléments de preuve pertinents relativement à cette question. On ne saurait soutenir que la défense a soulevé de nouvelles questions ou de nouveaux moyens de défense dont le ministère public n'avait pas eu l'occasion de traiter et qu'il ne pouvait avoir raisonnablement prévus. Le ministère public était en

appellant noted at the hearing of this appeal, the Crown knew of his explanation of his whereabouts as he had given a statement to the police. Therefore, the rebuttal evidence ought not to have been admissible in reply. There was no reason that the Crown could not have adduced the evidence of Ms. Geurts prior to the defence case. By splitting the Crown's case, the appellant was deprived of the opportunity of knowing the entire case to meet prior to deciding whether or not to testify. The opportunity to present evidence in surrebuttal cannot remove this prejudice.

possession du témoignage de M^{me} Geurts avant que la défense présente sa preuve, et il pouvait raisonnablement prévoir que l'appelant contesterait la preuve d'identification présentée. Comme l'appelant l'a signalé à l'audition du présent pourvoi, le ministère public connaissait son explication quant à l'endroit où il se trouvait puisqu'il avait fait une déclaration à la police. Par conséquent, la contre-preuve n'aurait pas dû être admise. Le ministère public n'avait aucune raison de ne pas présenter le témoignage de M^{me} Geurts avant que la défense présente sa preuve. En scindant sa preuve, le ministère public a privé l'appelant de la possibilité de connaître la totalité de la preuve à laquelle il devait répondre avant de décider de témoigner ou de garder le silence. La possibilité de répliquer ne peut éliminer ce préjudice.

19

The Crown also sought to justify the evidence on the ground that it impugned the appellant's testimony as to his whereabouts early in the evening and therefore was relevant to credibility. As the assault was alleged to have taken place between 10:00 and 10:30 p.m. and the evidence of Ms. Geurts related to a period between 8:30 to 8:45 p.m., it did not directly tend to rebut the alibi. Its admission would, therefore, encounter the collateral fact rule. This rule is subject to enumerated exceptions and, although none of the recognized exceptions would appear to apply in this case, it has been suggested that this is not a closed list. See *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at p. 310; Stanley A. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (3rd ed. 1988), vol. 1, at pp. 534-35.

Le ministère public a également cherché à justifier la preuve en faisant valoir que, puisqu'elle attaquait le témoignage de l'appelant quant à ses allées et venues tôt dans la soirée, elle était pertinente quant à sa crédibilité. Comme les voies de fait auraient été commises entre 22 h et 22 h 30 et que le témoignage de M^{me} Geurts portait sur l'intervalle entre 20 h 30 et 20 h 45, il ne tendait pas directement à réfuter l'alibi. Par conséquent, son admission devrait tenir compte de la règle relative aux faits incidents. Cette règle est assortie d'une liste d'exceptions et, bien qu'aucune de ces exceptions ne paraisse s'appliquer en l'espèce, on a donné à entendre que la liste n'était pas exhaustive. Voir *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), à la p. 310; Stanley A. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (3^e éd. 1988), vol. 1, aux pp. 534 et 535.

20

It is unnecessary and undesirable to resolve that question in this case because, even if admissible for the purpose of impeaching the appellant's credibility, its use was not limited to that purpose. The Crown did not specify the purpose for which it was being led. Although no objection was taken by the appellant at the time, this alone does not prevent raising the illegality of the rebuttal evidence on appeal: see *Latour v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 361, at p. 368. Furthermore, the trial judge did not instruct the jury on the limited use of the rebuttal evidence. In fact, as illustrated by the above pas-

Il est inutile et inopportun de trancher cette question en l'espèce car, même si le témoignage était admissible pour attaquer la crédibilité de l'appelant, son utilisation ne se limitait pas à cette fin. Le ministère public n'a pas précisé quel objectif il visait en le produisant. Bien que l'appelant n'ait soulevé aucune objection à ce moment-là, on ne peut pour cette seule raison l'empêcher de soulever l'illégalité de la contre-preuve en appel: voir *Latour c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 361, à la p. 368. En outre, le juge du procès n'a donné aucune directive au jury sur l'utilisation restreinte de la

sage quoted from the charge to the jury, the trial judge actually invited the jury to consider the reply evidence as similar fact evidence. In light of this instruction a jury might well have accepted this evidence as highly relevant to the identity of the perpetrator of the assault on the complainant.

In the circumstances of the case, this constituted a serious misdirection to the jury. As outlined by Doherty J.A., the evidence of identification was already tenuous. In my view, the error could reasonably have affected the verdict of the jury. It cannot be said that, absent the error of allowing the Crown to adduce the similar fact evidence in rebuttal, no jury acting reasonably and properly instructed could have acquitted the accused (see *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Leaney*, [1989] 2 S.C.R. 393; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909; and *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599). In *John v. The Queen*, *supra*, at p. 481, it was held that s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* could not be invoked to cure an error of law where the Crown had improperly split its case and was wrongly permitted to lead reply evidence. An appellate court cannot retry the case "to assess the worth of the residual evidence after the improperly adduced evidence has been extracted from the record" (*John v. The Queen*, *supra*, at pp. 481-82). Furthermore, I note that the Crown made no arguments to substantiate a claim that the improper admission of the evidence would not amount to a substantial wrong or miscarriage of justice. The Crown did, however, submit that by allowing surrebuttal evidence any prejudice to the appellant was cured. That submission is properly considered in relation to the application of s. 686(1)(b)(iii).

It cannot be said that the opportunity to present evidence in surrebuttal removes the prejudice suffered by the appellant. As was noted by McIntyre J. in *R. v. Krause*, *supra*, and by Estey and Lamer JJ. in *John v. The Queen*, *supra*, an underlying rea-

contre-preuve. En fait, ainsi que le montre le passage de l'exposé au jury cité précédemment, le juge du procès a en fait invité le jury à considérer la contre-preuve comme une preuve de faits similaires. Sur la foi de cette directive, il est fort possible qu'un jury ait considéré que le témoignage était très pertinent quant à l'identité de l'auteur des voies de fait commises sur la plaignante.

Compte tenu des circonstances en l'espèce, il s'agit d'une grave erreur dans les directives. Comme l'a souligné le juge Doherty, la preuve d'identification était déjà ténue. À mon avis, l'erreur a pu raisonnablement avoir eu une incidence sur le verdict du jury. On ne saurait soutenir que, n'eût été l'erreur du juge du procès de permettre au ministère public de produire la preuve de faits similaires en contre-preuve, aucun jury agissant raisonnablement et ayant reçu des directives appropriées n'aurait acquitté l'accusé (voir *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393, *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, et *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599). Dans l'arrêt *John c. La Reine*, précité, à la p. 481, on a conclu que le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* ne pouvait être invoqué pour remédier à une erreur de droit lorsque le ministère public a illégalement scindé sa preuve et a été autorisé à tort à produire une contre-preuve. Un tribunal d'appel ne peut juger de nouveau l'affaire «pour déterminer la valeur des témoignages qui restent après avoir retiré du dossier ceux offerts illégalement» (*John c. La Reine*, précité, aux pp. 481 et 482). Par ailleurs, je remarque que le ministère public n'a présenté aucun argument pour étayer une prétention portant que l'admission illégale de la preuve n'entraînait aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave. Il a par contre fait valoir qu'en accordant à l'appelant la possibilité de répliquer, tout préjudice causé à l'appelant a été réparé. Cette prétention est à bon droit considérée relativement à l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii).

On ne saurait dire que la possibilité de répliquer à la contre-preuve élimine le tort subi par l'appelant. Ainsi que l'a remarqué le juge McIntyre dans l'arrêt *R. c. Krause*, précité, et les juges Estey et Lamer dans l'arrêt *John c. La Reine*, précité, la

son for the rule against splitting the case is that the accused is entitled to know the entire case of the Crown which must be met. It is only where the accused has full knowledge of the Crown's case that one is able to decide whether or not to testify.

règle interdisant le fractionnement de la preuve repose notamment sur le droit de l'accusé de connaître la totalité de la preuve du ministère public à laquelle il est appelé à répondre. Ce n'est que s'il connaît pleinement la preuve du ministère public que l'accusé peut décider de témoigner ou non.

23

Furthermore, in *John v. The Queen*, *supra*, at p. 480, this Court held that to allow the Crown to split its case "is doubly wrong because the effect was to force the accused to return to the witness box". Merely requiring the appellant to enter the witness box for a second time has an adverse effect as it creates the impression that he was caught in a lie. As well, the appellant is subjected to cross-examination for a second time. In effect, the Crown is given a second chance to attack the credibility of the appellant when it ought to have put its entire case in evidence at the outset.

De plus, dans l'arrêt *John c. La Reine*, précité, à la p. 480, notre Cour a conclu qu'autoriser le ministère public à scinder sa preuve «est doublement répréhensible parce que cela a eu pour effet d'obliger l'accusé à revenir déposer». Le simple fait de contraindre l'appelant à revenir déposer lui cause un préjudice puisque l'on crée ainsi l'impression qu'il s'est fait prendre à mentir. En outre, l'appelant est de nouveau soumis à un contre-interrogatoire. En réalité, le ministère public jouit d'une seconde occasion de mettre en cause la crédibilité de l'appelant alors qu'il aurait dû présenter la totalité de sa preuve dès le début.

24

In *R. v. Wood* (1986), 28 C.C.C. (3d) 65 (Ont. C.A.), it was held that the Crown impermissibly split its case. Although the accused did not call evidence in surrebuttal, Goodman J.A., for the court, stated at p. 83 that:

Dans l'arrêt *R. c. Wood* (1986), 28 C.C.C. (3d) 65 (C.A. Ont.), on a conclu que le ministère public avait à tort scindé sa preuve. Bien que l'accusé n'ait pas répliqué à la contre-preuve, le juge Goodman, pour la cour, a affirmé ceci à la p. 83:

The probable detrimental effect of the improper admission of the reply evidence is beyond question. It constituted a direct contradiction of the evidence given by the appellant with respect to his knowledge, possession and ownership of the knife. If the reply evidence was believed by the jury, it would have the inevitable effect of destroying the credibility of the appellant and his defence of self-defence and to a lesser extent his defence of provocation. The reply evidence was the last evidence to be heard by the jury with the attendant risk to the appellant that it would carry more weight with the jury for that reason. Even if defence counsel had sought leave for the appellant to give evidence in surrebuttal, it would have meant that the appellant would have been subjected to a second cross-examination. Wittingly or unwittingly, the prosecution, in proceeding in the manner which it did, created a trap for the appellant. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] L'effet préjudiciable probable de l'admission illégale de la contre-preuve est indubitable. Elle venait directement contredire le témoignage de l'appelant relativement à sa connaissance, sa possession et sa propriété du couteau. Si le jury croyait la contre-preuve, celle-ci aurait pour effet inévitable de détruire la crédibilité de l'appelant et sa défense de légitime défense et, dans une moindre mesure, sa défense de provocation. La dernière preuve que le jury a entendue est la contre-preuve. Pour l'appelant, il en découle le risque qu'elle revête une plus grande valeur aux yeux du jury. Même si l'avocat de la défense avait demandé que l'appelant puisse répliquer à la contre-preuve, cela aurait signifié pour ce dernier un second contre-interrogatoire. À dessein ou non, la poursuite a ainsi tendu un piège à l'appelant. [Je souligne.]

25

It should also be recognized that the late introduction of evidence may have the effect of unduly magnifying its importance and increasing its weight. This would not otherwise occur but for the improper splitting of the Crown's case. I agree

Il y a également lieu de reconnaître que la présentation tardive d'une preuve peut avoir pour effet d'accroître indûment son importance et sa valeur. Cela n'arriverait pas si le ministère public ne scindait pas illégalement sa preuve. Je retiens la pré-

with the submission of the appellant that, in this case, the timing and sequence of the evidence as it unfolded before the jury added to the prejudicial impact of admitting the evidence in reply. In *R. v. Campbell, supra*, at p. 26, Martin J.A. also acknowledged this aspect of the rule against splitting the case:

The rule also provides a safeguard against the importance of a piece of evidence, by reason of its late introduction, being unduly emphasized or magnified in relation to the other evidence.

Given the frailties in the identification evidence adduced at trial, the evidence of Ms. Geurts may have been quite significant in convicting the appellant. Placing this evidence before the jury at the end of the trial, rather than in the Crown's case, prejudiced the appellant by inordinately elevating its weight.

The respondent relies on the decision of this Court in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, to support the proposition that allowing surrebuttal evidence substantially cures any prejudice caused by allowing the Crown to split its case. In that case, Lamer C.J. noted that the appellants could not make a serious argument that they suffered prejudice as a result of the fact that the Crown tendered evidence in rebuttal rather than in chief. However, one must note the context in which these comments were made. In *R. v. Chaulk, supra*, it was held that the Crown did not improperly split its case. That is, the evidence was properly admissible in rebuttal. At page 1394, Wilson J. stated:

I agree with Lamer C.J. that no issue of the Crown splitting its case arises here and that the evidence adduced to rebut the defence of insanity was properly admitted by the trial judge.

tention de l'appellant selon laquelle, en l'espèce, le moment où la preuve a été présentée au jury et l'ordre dans lequel elle lui a été présentée a accru l'impact préjudiciable de l'admission de la contre-preuve. Dans l'arrêt *R. c. Campbell*, précité, à la p. 26, le juge Martin de la Cour d'appel a lui aussi reconnu cet aspect de la règle interdisant le fractionnement de la preuve:

[TRADUCTION] La règle permet également d'empêcher que, du fait de sa présentation tardive, un élément de preuve prenne une importance indûment marquée ou accrue par rapport aux autres éléments de preuve.

Vu les faiblesses de la preuve d'identification produite au procès, il se peut que le témoignage de M^{me} Geurts ait eu une grande importance dans la déclaration de culpabilité de l'appellant. En présentant ce témoignage au jury à la fin du procès plutôt que dans le cadre de sa preuve, le ministère public a causé un tort à l'appellant puisque la valeur du témoignage s'en est trouvée anormalement rehaussée.

L'intimée invoque la décision de notre Cour dans *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, pour soutenir sa thèse selon laquelle le fait d'accorder à l'accusé la possibilité de répliquer à la contre-preuve remédie amplement à tout préjudice causé par la décision d'autoriser le ministère public à scinder sa preuve. Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer a noté que les appelants ne pouvaient sérieusement prétendre qu'ils avaient subi un tort du fait que le ministère public avait présenté un élément de preuve en contre-preuve plutôt que dans sa preuve principale. Il faut cependant considérer le contexte dans lequel ces commentaires ont été faits. Dans cet arrêt, on a conclu que le ministère public n'avait pas illégalement scindé sa preuve. Partant, la preuve était à juste titre admissible en contre-preuve. À la p. 1394, le juge Wilson a écrit:

Je partage l'avis du juge en chef Lamer que l'affaire ne soulève pas la question de la scission de la preuve de la Couronne et que le juge de première instance a régulièrement reçu la preuve présentée pour réfuter la défense d'aliénation mentale.

26

27

28

Thus, *R. v. Chaulk*, *supra*, must be read in light of the above circumstances. It cannot be said that, as a general proposition, the ability to call surrebuttal evidence removes any prejudice caused to an accused where the rebuttal evidence was improperly adduced in the first place thereby allowing the Crown to split its case. Unlike in *R. v. Chaulk*, for the reasons noted above, here the appellant can make a serious argument that the fact the Crown's evidence was adduced in rebuttal rather than in chief was prejudicial, notwithstanding the ability to call evidence in surrebuttal.

29

It is also worthy to note that if one accepts the contention that calling surrebuttal evidence removes any prejudice of allowing the Crown to adduce reply evidence which ought to have been brought out in the case in chief, then the rule against splitting the case would effectively be emasculated. The Crown would be allowed to split its case as long as the accused was given a chance to reply. This would defeat the very rationale behind the rule against splitting the case. Surely, this is an unacceptable result.

30

In the case at bar, I would conclude that the surrebuttal evidence did not adequately address the prejudice caused to the appellant. Not only was the evidence of Ms. Geurts highlighted, but also the appellant was forced to take the witness stand a second time to answer the Crown's case. I cannot, therefore, accept the Crown's submission that any prejudice to the appellant was cured by allowing surrebuttal evidence.

31

In *R. v. S. (P.L.)*, *supra*, at p. 916, the majority stated:

On the other hand, if the Court of Appeal finds an error of law with the result that the accused has not had a trial in which the legal rules have been observed, then the accused is entitled to an acquittal or a new trial in accordance with the law. The latter result will obtain if there is legally admissible evidence on which a conviction could reasonably be based.

Ainsi, il faut lire l'arrêt *R. c. Chaulk*, précité, dans ce contexte. On ne peut poser comme règle générale que la possibilité de répliquer à une contre-preuve élimine tout préjudice causé à un accusé si la contre-preuve a été en premier lieu illégalement produite, permettant ainsi au ministère public de scinder sa preuve. À la différence de *R. c. Chaulk*, et pour les motifs exposés précédemment, l'appelant en l'espèce peut sérieusement prétendre que la présentation de la preuve du ministère public en contre-preuve plutôt que dans la preuve principale lui a causé un préjudice en dépit du fait qu'il a eu la possibilité d'y répliquer.

Il faut aussi souligner qu'admettre que la possibilité de répliquer à une contre-preuve élimine tout préjudice causé quand on permet au ministère public de produire en contre-preuve une preuve qui aurait dû être présentée dans la preuve principale, reviendrait à annihiler la règle interdisant le fractionnement de la preuve. Le ministère public serait autorisé à scinder sa preuve pour autant que l'accusé aurait l'occasion d'y répliquer. Cela irait à l'encontre du fondement même de la règle interdisant le fractionnement de la preuve. Ce résultat est manifestement inacceptable.

Dans la présente affaire, je conclus que la preuve présentée pour répliquer à la contre-preuve n'a pas entièrement remédié au préjudice causé à l'appelant. Non seulement le témoignage de M^{me} Geurts a-t-il été mis en valeur, mais l'appelant a été contraint de revenir témoigner pour répliquer à la preuve du ministère public. Je ne peux donc accepter la prétention du ministère public selon laquelle la possibilité de répliquer a remédié à tout préjudice causé à l'appelant.

Dans l'arrêt *R. v. S. (P.L.)*, précité, à la p. 916, la majorité a dit:

Par ailleurs, si la cour d'appel conclut qu'il y a eu erreur de droit faisant en sorte que l'accusé n'a pas subi un procès conforme aux règles de droit, alors l'accusé a droit à un acquittement ou à un nouveau procès conformément à la loi. Ce dernier résultat se produira s'il existe des éléments de preuve légalement admissibles qui pourraient raisonnablement justifier une déclaration de culpabilité.

The appellant is entitled to a new trial. He is not entitled to an acquittal, however, if there is admissible evidence on which a conviction can reasonably be based. This in substance is the issue raised by the appellant in the next ground of appeal.

B. Was the Verdict Unreasonable or Unsupported by the Evidence?

The appellant contends that the verdicts must be set aside because they are unreasonable and unsupported by the evidence within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Code*. The test to be applied by an appellate court is "whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered": *R. v. Yebe*s, [1987] 2 S.C.R. 168, at pp. 179-80. If no reasonable jury could have convicted the appellant on the evidence that was properly admissible, then rather than order a new trial, the convictions must be quashed and the respondent would be acquitted of all charges.

At the hearing of the appeal before this Court, we did not call on the respondent to address this issue. Although it is apparent that the identification evidence in the present case was not free from frailties, I am satisfied that the verdicts were not unreasonable. In this regard, I am in substantial agreement with Doherty J.A. Although he made reference to the evidence of Ms. Geurts, I agree with his analysis of the other evidence which was properly admissible and, in my view, a verdict based on this evidence would not be unreasonable. Therefore, the appellant is not entitled to be acquitted of the charges. I should add that I express no opinion on the admissibility of the evidence of Ms. Geurts if properly introduced. That will be a matter for the trial judge at the new trial.

C. Did the Crown Abuse its Stand-by Power to Empanel an All-Female Jury?

In light of my conclusion that a new trial is warranted by virtue of the error of allowing the Crown

L'appelant a droit à un nouveau procès. Il ne peut toutefois être acquitté s'il existe une preuve admissible sur laquelle une déclaration de culpabilité peut raisonnablement être fondée. C'est là essentiellement la question soulevée par l'appelant dans le second moyen d'appel.

B. Le verdict était-il déraisonnable ou dénué de fondement en preuve?

L'appelant soutient que les verdicts doivent être annulés pour le motif qu'ils sont déraisonnables et dénués de fondement en preuve, au sens du sous-al. 686(1)a(i) du *Code*. Le tribunal d'appel doit déterminer «si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre»: *R. c. Yebe*s, [1987] 2 R.C.S. 168, à la p. 180. Si aucun jury raisonnable ne pourrait avoir déclaré l'appelant coupable sur la preuve légalement admissible, alors plutôt que d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, il y a lieu d'annuler les déclarations de culpabilité et d'acquitter l'intimé relativement à toutes les accusations.

À l'audition du présent pourvoi, nous n'avons pas convié l'intimée à débattre la question. Bien que, manifestement, la preuve d'identification en l'espèce ne soit pas dépourvue de toute faiblesse, je suis convaincu que les verdicts n'étaient pas déraisonnables. À cet égard, j'adhère en grande partie à l'opinion du juge Doherty. En dépit du fait qu'il a mentionné le témoignage de M^{me} Geurts, je souscris à son analyse des autres éléments de preuve qui étaient admissibles. À mon avis, un verdict fondé sur cette preuve ne serait pas déraisonnable. Par conséquent, l'appelant ne peut être acquitté. J'ajouterai que je n'exprime aucune opinion sur l'admissibilité du témoignage de M^{me} Geurts s'il est régulièrement produit. Il appartient au juge du nouveau procès de trancher cette question.

C. Le ministère public a-t-il abusé de son pouvoir de mettre à l'écart pour constituer un jury entièrement féminin?

Puisque j'ai conclu qu'il convient de tenir un nouveau procès parce que le juge du procès a com-

32

33

34

to split its case, it is not necessary to deal with the issue relating to the Crown's alleged misuse of its right to stand by under the former s. 634 of the *Code*. Following upon our decision in *R. v. Bain*, *supra*, this provision was repealed and this issue of law cannot recur. It is therefore of academic interest only.

IV. Disposition

35 The counts in respect of which the appellant was convicted were joined in one indictment. At trial the jury was instructed that if satisfied that the same person committed both assaults, they could use the evidence against the appellant as the perpetrator of one of the assaults in determining whether the Crown had proved the assaults on the other complainant. An error with respect to the evidence relating to one complainant is therefore an error that affects all counts for which the appellant was convicted.

36 In the result, the appeal is allowed, the convictions are quashed and a new trial is ordered.

The following are the reasons delivered by

37 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — The appellant in this case was convicted at trial of two counts of assault causing bodily harm and two counts of choking with intent to commit an indictable offence. The verdict was unanimously upheld by the Court of Appeal ((1993), 14 O.R. (3d) 756). Before us, the appellant raised the following three grounds of appeal:

1. Did the Court of Appeal err in holding that the use by the Crown of its stand-aside power to shape the composition of the jury did not constitute an abuse of the jury selection process or create a reasonable apprehension of bias?

mis une erreur en autorisant le ministère public à scinder sa preuve, il n'est pas nécessaire d'étudier la question de l'utilisation que le ministère public a fait de son droit de mettre des jurés à l'écart conformément à l'ancien art. 634 du *Code*. À la suite de notre arrêt *R. c. Bain*, précité, la disposition a été abrogée, si bien que cette question de droit ne peut plus se présenter. Elle est donc d'intérêt théorique seulement.

IV. Dispositif

Les chefs d'accusation relativement auxquels l'appelant a été déclaré coupable ont été réunis en un seul acte d'accusation. Au procès, le jury a été avisé que, s'il était convaincu que la même personne avait commis les deux infractions de voies de fait, il pouvait utiliser la preuve pesant contre l'appelant comme l'auteur de l'une des agressions pour déterminer si le ministère public avait démontré la perpétration des voies de fait sur l'autre plaignante. Une erreur dans la preuve concernant une plaignante est par conséquent une erreur qui touche tous les chefs d'accusation relativement auxquels l'appelant a été déclaré coupable.

En conséquence, le pourvoi est accueilli, les déclarations de culpabilité sont annulées et un nouveau procès est ordonné.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — L'appelant a été reconnu coupable à son procès sous deux chefs d'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles et deux chefs de strangulation dans l'intention de commettre un acte criminel. La Cour d'appel à l'unanimité a confirmé le verdict ((1993), 14 O.R. (3d) 756). Devant nous, l'appelant a soulevé les trois moyens d'appel suivants:

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que l'utilisation par le ministère public de son pouvoir de mettre des jurés à l'écart en vue de former le jury ne constitue pas un abus du processus de sélection du jury ni ne soulève une crainte raisonnable de partialité?

2. Did the Court of Appeal err in holding that the verdict was neither unreasonable nor unsupported by the evidence?
3. Did the Court of Appeal err in holding that the reply evidence called by the Crown was properly admissible?

My colleague Justice Sopinka accepts the third ground of appeal, rejects the second ground of appeal, and does not deal with the first ground of appeal. In the result, he would allow the appeal and order a new trial. I disagree. In my view all three grounds of appeal fail and the appeal should be dismissed. In this respect, I adopt the reasons of Doherty J.A. for the unanimous Court of Appeal of Ontario.

Specifically, on the first issue, Doherty J.A. noted that the appellant was tried by an all-female jury and that it was clear from the record that the Crown had set out to empanel such a jury. In order to shape the composition of the jury, the Crown had made use of then operative provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which gave it numerical superiority in standing by potential jurors. The Crown's numerical superiority in standing by potential jurors was subsequently ruled unconstitutional by this Court in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91. However, the appellant's trial took place prior to *R. v. Bain*. In this respect, Doherty J.A. stated at p. 768:

The two judgments constituting the majority in *Bain* took different approaches to its application to cases tried before *Bain* was released. At p. 109 S.C.R., p. 513 C.C.C., Cory J., for three members of the four-person majority, held that a verdict returned by a jury empanelled under the former provisions of the *Code* could only be set aside if the appellant could demonstrate an "abuse" of the stand-aside provisions by the Crown.

In my view, the "abuse" described by Cory J. in *Bain* refers to both the misuse of the stand-aside power and the resultant negative consequences on the impartiality

2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le verdict n'était pas déraisonnable et ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve?
3. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que la contre-preuve produite par le ministère public était admissible?

Mon collègue le juge Sopinka accueille le troisième moyen d'appel, rejette le second et ne se prononce pas sur le premier, pour, en conclusion accueillir le pourvoi et ordonner un nouveau procès. Je ne suis pas d'accord. À mon avis, les trois moyens d'appel doivent être écartés, et le pourvoi doit être rejeté. À cet égard, je souscris à l'opinion du juge Doherty qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour d'appel de l'Ontario.

Sur la première question, le juge Doherty a signalé que l'appellant avait été jugé par un jury composé exclusivement de femmes et qu'il ressortait clairement du dossier que le ministère public avait décidé de procéder ainsi. Pour assurer une telle composition du jury, le ministère public a eu recours aux dispositions alors en vigueur du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui lui permettaient de mettre à l'écart un plus grand nombre de jurés potentiels que l'accusé. Cet avantage numérique relatif aux mises à l'écart de jurés potentiels a subséquemment été jugé inconstitutionnel par notre Cour dans *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91. Toutefois, le procès de l'appellant a eu lieu avant que cet arrêt ne soit rendu. Sur ce point, le juge Doherty s'est exprimé ainsi, à la p. 768:

[TRADUCTION] Les deux jugements qui forment la majorité dans *Bain* privilégient des solutions différentes quant à son application aux affaires jugées avant qu'il ne soit rendu. À la p. 109, R.C.S., p. 513, C.C.C., le juge Cory, au nom de trois des quatre juges de la majorité, a conclu que le verdict rendu par un jury formé sous le régime des anciennes dispositions du *Code* ne pouvait être infirmé que si l'appellant pouvait démontrer que le ministère public avait «abusé» des dispositions relatives aux mises à l'écart.

À mon avis, l'«abus» décrit par le juge Cory dans *Bain* se rapporte à la fois à la mauvaise utilisation du pouvoir de mettre à l'écart et aux conséquences néga-

38

39

of the jury selected as a result of that misuse. Consequently in pre-*Bain* cases the court must address the Crown's use of its numerical advantage to shape the composition of the jury, and must also decide whether the jury selected by that process is one which would create a reasonable apprehension of bias in the mind of a reasonable observer.

Applying this test to the case at hand, Doherty J.A. held at p. 770:

This case turned entirely on the question of identification. The victims' honesty was not in issue. The reliability of their identification evidence was very much in issue. I am not prepared to hold, because women may be particularly sensitive to the plight of the victims, that an all-female jury would be unable to objectively assess the reliability of the identification evidence provided by the victims. More to the point, I am not prepared to find that the reasonable, well-informed observer would reasonably apprehend that an all-female jury would be favourably disposed to find for the Crown on the issue of identification.

It is dangerous and contrary to our concepts of equality and individuality to make findings of partiality on the basis of assumed stereotypical reactions based on gender. At heart, the appellant's submission rests on just such assumptions. There is nothing in the circumstances of this case which lifts it above the level of unwarranted stereotyping. In this regard, it is instructive that trial counsel apparently perceived no bias as he did not object during the jury selection process.

In the result, Doherty J.A. concluded that there was no reasonable apprehension of bias. I agree and therefore reject this first ground of appeal.

On the second ground of appeal, Doherty J.A. concluded, after reviewing the evidence adduced at trial, that the verdicts against the appellant were reasonable. Like my colleague Sopinka J., I agree with this assessment and reject the second ground of appeal.

Finally, on the third ground of appeal, Doherty J.A. stated at pp. 771-72:

tives de cette mauvaise utilisation sur l'impartialité du jury sélectionné. En conséquence, dans les affaires jugées avant *Bain*, le tribunal doit examiner la façon dont le ministère public a profité de son avantage numérique pour façonner la composition du jury, puis déterminer si le jury sélectionné grâce à ce processus est de nature à susciter une crainte raisonnable de partialité dans l'esprit de l'observateur raisonnable.

Le juge Doherty a appliqué ce critère et conclu, à la p. 770:

[TRADUCTION] La présente affaire porte uniquement sur la question d'identification. L'honnêteté des victimes n'est pas en litige. En revanche, la fiabilité de leur preuve d'identification l'est certainement. Je ne suis pas disposé à conclure que, du fait que les femmes peuvent être particulièrement sensibles à la situation des victimes, un jury féminin serait incapable d'apprécier objectivement la fiabilité d'une preuve d'identification produite par ces victimes. Plus précisément, je ne suis pas disposé à conclure que l'observateur raisonnable et bien renseigné craindrait raisonnablement qu'un jury exclusivement féminin soit plus disposé à conclure en faveur du ministère public sur la question de l'identification.

Il est dangereux et contraire à nos notions d'égalité et d'individualité de conclure à la partialité en présumant l'existence de réactions stéréotypées fondées sur le sexe. Au fond, la prétention de l'appelant repose sur cette présomption. Rien dans les circonstances de l'affaire ne permet de dire qu'il s'agit d'autre chose que d'un stéréotype injustifié. À cet égard, le fait que l'avocat au procès n'ait apparemment perçu aucune partialité puisqu'il ne s'est pas opposé lors de la sélection du jury est révélateur.

Le juge Doherty a donc conclu qu'il n'y avait aucune crainte raisonnable de partialité. Je suis d'accord et, en conséquence, je rejette le premier moyen d'appel.

Quant au second moyen d'appel, le juge Doherty a conclu, après avoir passé en revue la preuve produite au procès, que les verdicts rendus contre l'appelant étaient raisonnables. À l'instar de mon collègue le juge Sopinka, je souscris à cette appréciation et je rejette le second moyen d'appel.

Enfin, relativement au troisième moyen d'appel, le juge Doherty s'est exprimé ainsi, aux pp. 771 et 772:

The principles controlling the admissibility of evidence in reply are well-established. Those principles do not yield absolute rules of exclusion or admission, but require that the trial judge exercise a discretion through the application of these principles: *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466, 29 C.C.C. (3d) 385; *R. v. W. (A.)* (1991), 3 O.R. (3d) 171 at pp. 178-81, 45 O.A.C. 359 (C.A.).

No objection was taken at trial to the admission of the reply evidence. Consequently, the trial judge did not direct his mind to the relevant principles or purport to exercise any discretion. There is therefore no record upon which this court may review the trial judge's decision to admit the evidence. In such circumstances (and absent any suggestion of incompetent representation) the appellant can only succeed if he can demonstrate that a reasonable trial judge, applying the applicable principles, could not have admitted the evidence. In other words, if the case is one in which some judges could properly have admitted the evidence while others could properly have excluded it, the appeal cannot succeed.

The evidence of Ms. Guerts as to the appellant's whereabouts about two hours before the attack had little probative value in identifying the appellant as the perpetrator of the assault. In this respect, the present case must be distinguished from *R. v. Jackson* (1987), 38 C.C.C. (3d) 91 (B.C.C.A.), the authority relied on by the appellant. In *Jackson* the reply evidence was directly relevant to the time period when the assault occurred. Ms. Guerts' evidence became much more relevant after the appellant, as part of a detailed account of his movements, put his whereabouts at 8:30 p.m. in issue.

I also cannot see any prejudice to the appellant by the admission of the evidence in reply. The defence was apparently aware of the nature of Ms. Guerts' evidence when the appellant testified and the defence had ample opportunity to respond to her evidence.

In my opinion, a reasonable trial judge properly applying the principles relating to the admissibility of reply evidence could have admitted the evidence of Ms. Guerts in reply. I would not give effect to this ground of appeal.

I agree and therefore reject the third ground of appeal.

[TRANSLATION] Les principes qui régissent l'admissibilité de la contre-preuve sont bien établis. S'ils ne proposent aucune règle absolue d'exclusion ou d'admission, ils requièrent toutefois que le juge du procès exerce un pouvoir discrétionnaire dans l'application de ces principes: *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466, 29 C.C.C. (3d) 385; *R. c. W. (A.)* (1991), 3 O.R. (3d) 171, aux pp. 178 à 181, 45 O.A.C. 359 (C.A.).

Au procès, aucune objection n'a été soulevée quant à l'admission de la contre-preuve. Le juge du procès ne s'est donc pas penché sur les principes applicables, ni n'a-t-il prétendu exercer quelque pouvoir discrétionnaire. Il n'y a par conséquent rien au dossier sur lequel notre cour puisse se fonder pour contrôler la décision du juge du procès d'admettre la preuve. Dans de telles circonstances (et en l'absence de toute indication de représentation incompétente), l'appelant ne peut obtenir gain de cause que s'il démontre qu'un juge du procès appliquant les principes pertinents n'aurait pu raisonnablement admettre la preuve. En d'autres termes, si cette cause en est une dans laquelle certains juges auraient été justifiés d'admettre la preuve alors que d'autres auraient pu l'exclure légitimement, l'appel ne peut être accueilli.

Le témoignage de Mme Guerts sur l'endroit où se trouvait l'appelant environ deux heures avant l'agression n'était guère probant aux fins de l'identification de l'appelant comme agresseur. À cet égard, il y a lieu de distinguer la présente affaire de l'arrêt *R. c. Jackson* (1987), 38 C.C.C. (3d) 91 (C.A.C.-B.), qu'a invoqué l'appelant. Dans cet arrêt, la contre-preuve était directement pertinente quant à la période au cours de laquelle l'agression avait été commise. Le témoignage de Mme Guerts a revêtu une pertinence beaucoup plus grande après que, dans le cadre d'un récit détaillé de ses déplacements, l'appelant eut témoigné sur l'endroit où il se trouvait à 20 h 30.

En outre, l'appelant n'a subi aucun préjudice du fait de l'admission de la contre-preuve. La défense connaissait apparemment la nature du témoignage de Mme Guerts lorsque l'appelant a témoigné, et elle a eu pleinement l'occasion de répondre à son témoignage.

À mon avis, un juge du procès appliquant correctement les principes relatifs à l'admissibilité d'une contre-preuve aurait pu raisonnablement admettre le témoignage de Mme Guerts en contre-preuve. Je suis d'avis d'écarter ce moyen d'appel.

Je suis d'accord et je rejeterais donc le troisième moyen d'appel.

42 Before concluding, I note that since first writing these reasons I have had the opportunity to read the reasons of my colleagues Justices Gonthier and McLachlin, who both discuss the issue of jury representativeness. On this issue, I agree with the comments of McLachlin J. and respectfully disagree with those of Gonthier J.

43 For the reasons outlined above, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

44 GONTHIER J. — I have had the benefit of the reasons of Justice Sopinka, and I adopt his review of the facts and of the judgments below. I share his opinion with respect to the second and third grounds raised by the appellant before this Court. I nevertheless believe that it is important to add some further comments. Sopinka J. holds that it is not necessary to address the first ground raised by the appellant, namely that use by the prosecution of its power to stand jurors by for the purpose of obtaining an exclusively female jury constituted an abuse of the process of juror selection and gave rise to a reasonable apprehension of bias. Having regard to this Court's decision in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, my colleague Sopinka J. believes this question is purely academic. With respect, I do not share this view.

45 Prior to that decision, the power of the Crown to stand jurors by had its source in s. 634(1) and (2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 563(1) and (2), R.S.C. 1970, c. C-34). In *R. v. Bain*, *supra*, a majority of the Court found that these provisions infringed s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that this violation was not justified under s. 1. The declaration of invalidity was suspended for six months in order to allow Parliament to remedy the situation if it deemed it appropriate to do so. The change was subsequently enacted by *An Act to*

Avant de conclure, je souligne qu'après avoir rédigé mes motifs, j'ai eu l'occasion de lire ceux de mes collègues, les juges Gonthier et McLachlin, qui traitent l'un et l'autre de la question de la représentativité du jury. Sur ce point, je suis d'accord avec les observations du juge McLachlin et, en toute déférence, en désaccord avec celles du juge Gonthier.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE GONTHIER — J'ai eu l'avantage de lire les motifs du juge Sopinka et je fais mien son exposé des faits et des décisions des instances dont appel. Je partage également son avis en ce qui concerne les deuxième et troisième moyens soulevés par l'appellant devant cette Cour. Il m'apparaît néanmoins opportun d'apporter quelques remarques supplémentaires. Le juge Sopinka estime en effet qu'il n'est pas nécessaire de se pencher sur le premier des moyens soulevés par l'appelant, voulant que l'usage, par le poursuivant, de son pouvoir d'ordonner des mises à l'écart aux fins d'obtenir un jury exclusivement féminin ait constitué un abus dans le processus de sélection des jurés et engendré une crainte raisonnable de partialité. S'appuyant, à ce titre, sur la décision de notre Cour dans l'affaire *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, mon collègue le juge Sopinka y voit là une question d'intérêt purement académique. Avec égards, je ne suis pas de cet avis.

Avant l'intervention de cette Cour, le pouvoir du ministère public d'ordonner la mise à l'écart d'un certain nombre de jurés prenait sa source dans les par. 634(1) et (2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (anciennement les par. 563(1) et (2), S.R.C. 1970, ch. C-34). Dans l'affaire *R. c. Bain*, précitée, la majorité de la Cour a conclu que ces dispositions législatives étaient incompatibles avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que cette violation n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. La déclaration d'invalidité a été suspendue pour une période de six mois de manière à permettre au législateur de remédier à la situation s'il jugeait approprié de le faire. Le

amend the Criminal Code (jury), S.C. 1992, c. 41, s. 2.

In the case at bar, the appellant's trial took place before the validity of these provisions had been constitutionally challenged. It is certainly true that this fact is to be considered in weighing the effect of a pronouncement of the Court on the issue. It is obvious that, in practice, only a limited number of cases can be affected. Apart from that of the appellant, there are those where the trial of an accused has taken place before July 1992, before judge and jury, and in which the record has shown an extensive use of peremptory challenges and of stand-bys by the Crown. I acknowledge that this number is necessarily likely to diminish with the passage of time.

It appears to me, nevertheless, that this circumstance is not the only one to be considered. Beyond the more immediate repercussions, the first ground raised by the appellant essentially brings into scrutiny the fundamental element of the conduct of the Crown in the unfolding of the trial. One is bound to acknowledge that this aspect is broader in scope; I therefore believe that it is necessary to review the manner in which Doherty J.A., speaking for the Ontario Court of Appeal, addressed the problem (decision reported at (1993), 14 O.R. (3d) 756).

In *R. v. Bain*, *supra*, the position in cases determined prior to the actual declaration of invalidity of s. 634(1) and (2) of the *Code* was not left unaddressed. Cory J., for the majority, emphasized at p. 104 that "[t]he accused may always attempt to demonstrate that there has been an abuse of the stand by provisions by the prosecution". In the case at bar, Doherty J.A. consequently sought to give concrete expression to this notion of abuse by suggesting the elements which, in his view, ought to be examined in determining whether the conduct of the Crown could be so considered. He formulated a two-step test (at p. 768):

In my view, the "abuse" described by Cory J. in *Bain* refers to both the misuse of the stand-aside power and the resultant negative consequences on the impartiality of the jury selected as a result of that misuse. Conse-

changement a été apporté par la *Loi modifiant le Code criminel (jury)*, L.C. 1992, ch. 41, art. 2.

En l'espèce, le procès de l'appellant a eu lieu avant que la validité de ces dispositions législatives ne soit attaquée sur le plan constitutionnel. Cet élément n'est certes pas dénué d'importance au regard de la portée qu'est appelée à prendre une intervention de la Cour sur la question. En effet, il est aisé de constater qu'en pratique, seul un nombre limité de cas pourront en bénéficier. Outre celui de l'appellant, j'envisage ici les cas où le procès d'un accusé a eu lieu avant juillet 1992, devant juge et jury, et dans le cadre duquel la preuve a révélé un usage extensif des récusations péremptoires et des mises à l'écart par le ministère public. Je conviendrai que ce nombre est nécessairement appelé à diminuer avec les années.

Il m'apparaît toutefois qu'on ne saurait s'en tenir à ces seules considérations. En effet, au-delà de ses répercussions plus immédiates, le premier moyen soulevé par l'appellant met en cause l'élément fondamental qu'est la conduite du ministère public dans le déroulement des procès. Aussi faut-il lui reconnaître une portée plus vaste; j'estime dès lors nécessaire de revoir la façon dont le juge Doherty, pour la Cour d'appel de l'Ontario, a envisagé cet aspect du problème (décision rapportée à (1993), 14 O.R. (3d) 756).

Dans l'affaire *R. c. Bain*, précitée, la question des cas antérieurs à l'invalidité effective des par. 634(1) et (2) du *Code* n'a pas été passée sous silence. Le juge Cory, pour la majorité, souligne, à la p. 104, que «[l']accusé peut toujours tenter de démontrer que le poursuivant a abusé des dispositions relatives aux mises à l'écart». Le juge Doherty a dès lors cherché à concrétiser cette notion d'abus en dégagant les éléments qui, selon lui, devaient être examinés pour déterminer si le geste du ministère public pouvait être perçu comme tel. À la p. 768, il formule un test à deux volets:

[TRADUCTION] À mon avis, l'«abus» décrit par le juge Cory dans *Bain* se rapporte à la fois à la mauvaise utilisation du pouvoir de mettre à l'écart et aux conséquences négatives de cette mauvaise utilisation sur l'im-

46

47

48

quently in pre-*Bain* cases the court must address the Crown's use of its numerical advantage to shape the composition of the jury, and must also decide whether the jury selected by that process is one which would create a reasonable apprehension of bias in the mind of a reasonable observer. [Emphasis added.]

Thus, according to Doherty J.A., not only must there be an improper use by the Crown of its standby power, but the jury so selected must also, in practice, create a reasonable apprehension of bias in the mind of a reasonable and properly informed observer.

49 In my view, with respect, a further nuance must be considered in this regard. The laying down of these twin requirements in effect creates a risk that each element will be considered separately and that the first element will become blurred by the second. In my view, it is in this way that the Court of Appeal fell into error. While Doherty J.A. certainly did note the fact that the Crown had used its numerical advantage to select an exclusively female jury, he did not truly take into account this element in his consideration of the second step. The real problem was in my view overlooked.

50 In fact, when approached in this manner, an improper use by the Crown of its power to stand by may be condoned simply because the jury, when viewed quite apart from the selection process, does not give rise to a reasonable apprehension of bias. In my view, if there is conduct which is not to be condoned, it is the attempt by the Crown to fashion a jury which may seem favourable to it. The actual effect of such a prosecutorial practice on the fundamental characteristics of the jury, namely impartiality, representativeness, and to a lesser extent, competence, does not seem to me to be a determining element. It is rather a matter of gauging the anticipated effect of the conduct of the Crown in its selection of the jury on the perception of a reasonable observer as to the quality of the jury.

51 The necessity of a heightened scrutiny on the behaviour of the Crown flows from the role which

partialité du jury sélectionné. En conséquence, dans les affaires jugées avant *Bain*, le tribunal doit examiner la façon dont le ministère public a profité de son avantage numérique pour façonner la composition du jury, puis déterminer si le jury sélectionné grâce à ce processus est de nature à susciter une crainte raisonnable de partialité dans l'esprit de l'observateur raisonnable. [Je souligne.]

Aux dires du juge Doherty, non seulement un usage impropre du pouvoir de mise à l'écart par le ministère public doit-il être constaté, mais un tel façonnement du jury, dans ses effets, doit engendrer une perception de partialité aux yeux de l'observateur raisonnable et bien renseigné.

Il m'apparaît, en tout respect, qu'une nuance s'impose à cet égard. La formulation de cette double exigence crée en effet un risque que chaque élément soit considéré isolément et que le premier d'entre eux soit estompé par le second. C'est d'ailleurs là, à mon sens, l'erreur qui a été commise par la Cour d'appel. Le juge Doherty a certes relevé que le ministère public avait tiré parti de son avantage numérique pour façonner un jury exclusivement féminin, mais il n'a pas véritablement tenu compte de cet élément dans son appréciation du deuxième volet. Il s'agit là, à mon avis, d'un détournement du véritable problème.

Examinée sous cet angle, en fait, la constatation d'un usage impropre, par le ministère public, de son pouvoir de mise à l'écart peut se voir sanctionnée simplement parce que le jury constitué ne suscite pas, abstraction faite du processus de sélection, de crainte raisonnable de partialité. Or s'il y a une conduite à désapprouver, à mon sens, c'est bien la tentative du ministère public de façonner un jury qui puisse lui sembler favorable. L'effet concret de la démarche du poursuivant sur les caractéristiques fondamentales du jury que sont l'impartialité, la représentativité et, dans une moindre mesure, la compétence, ne me semble pas être un élément déterminant. Il s'agit plutôt de jauger l'effet projeté par le comportement du ministère public dans le choix du jury sur la perception que peut avoir l'observateur raisonnable de la qualité de ce jury.

La nécessité de porter une attention soutenue sur le comportement du ministère public s'infère du

the Crown has always played in our judicial system. In this respect, it is helpful to refer once again to a passage of Rand J. in *Boucher v. The Queen*, [1955] S.C.R. 16, which marked a turning point in the jurisprudence of this Court on this issue. He made the following remarks at pp. 23-24:

It cannot be over-emphasized that the purpose of a criminal prosecution is not to obtain a conviction, it is to lay before a jury what the Crown considers to be credible evidence relevant to what is alleged to be a crime The role of prosecutor excludes any notion of winning or losing; his function is a matter of public duty than which in civil life there can be none charged with greater personal responsibility. It is to be efficiently performed with an ingrained sense of the dignity, the seriousness and the justness of judicial proceedings.

As I emphasized in *R. v. Bain*, *supra*, the Crown is party to the fairness of the trial which it also has an obligation to promote. Even though, practically speaking, the trial judge is the ultimate guardian of the fairness of the trial, this does not authorize the prosecution to neglect this obligation nor to undermine its importance.

In the context of the selection of jurors, this obligation of the Crown is discharged through the wise use which it must make of the means at its disposal in order to select a jury which is impartial, representative and competent. In the same way as this power of selection must not be used for the purpose of obtaining a finding of guilt, the right to stand by must not be used to skew the composition of the jury or to gain a tactical advantage, but rather, only for the purpose of choosing the jury best qualified to judge a case. One must conscientiously strive to ensure that a jury possess the above-mentioned qualities.

Of these three elements, impartiality is without doubt the most important. While plainly the jury's competence is a fundamental requirement, one must acknowledge that it is more difficult to exercise a direct influence on it through a mechanism such as stand-bys. Representativeness, on the other hand, is more susceptible to being affected by the

rôle même que ce dernier est appelé à jouer dans le système judiciaire. Il n'est pas inutile, à cet égard, de référer à nouveau au passage du juge Rand dans l'arrêt *Boucher c. The Queen*, [1955] R.C.S. 16, que l'on présente comme étant la décision charnière de notre Cour sur la question. On y lit aux pp. 23 et 24:

[TRADUCTION] On ne saurait trop répéter que les poursuites criminelles n'ont pas pour but d'obtenir une condamnation, mais de présenter au jury ce que la Couronne considère comme une preuve digne de foi relativement à ce que l'on allègue être un crime. [. . .] Le rôle du poursuivant exclut toute notion de gain ou de cause; il s'acquiesce d'un devoir public, et dans la vie civile, aucun autre rôle ne comporte une plus grande responsabilité personnelle. Le poursuivant doit s'acquiescer de sa tâche d'une façon efficace, avec un sens profond de la dignité, de la gravité et de la justice des procédures judiciaires.

Comme je l'ai souligné dans l'affaire *R. c. Bain*, précitée, le ministère public est une partie prenante à l'équité du procès, qu'il a l'obligation de promouvoir. Si, dans les faits, le juge du fond en est le gardien ultime, cela n'autorise pas pour autant le poursuivant à négliger ce devoir et à en amenuiser l'importance.

Dans le cadre du processus de sélection des jurés, cette obligation du ministère public se traduit par l'emploi judicieux qu'il doit faire des outils à sa disposition pour que soit constitué un jury impartial, représentatif et compétent. Pas plus qu'il ne devrait être utilisé pour chercher à obtenir une déclaration de culpabilité, le droit de mettre à l'écart ne devrait être exercé pour orienter la composition du jury ou pour en tirer un avantage tactique, mais bien uniquement dans le but de choisir le jury qui soit le plus apte à juger l'affaire. Il s'agira de veiller consciencieusement à ce que le jury présente les caractéristiques susmentionnées.

De ces trois éléments, l'impartialité est sans aucun doute le plus important. La compétence est certes une caractéristique fondamentale du jury mais on conviendra qu'il est plus difficile d'exercer sur elle une influence directe par un mécanisme comme celui des mises à l'écart. La représentativité, en revanche, est plus susceptible de se

selection process. The present case is an excellent example of this. As I observed in *R. v. Bain, supra*, representativeness is a characteristic which furthers the perception of impartiality even if not fully ensuring it. While representativeness is not an essential quality of a jury, it is one to be sought after. The surest guarantee of jury impartiality consists in the combination of the representativeness with the requirement of a unanimous verdict. Consequently, an apparent attempt by the prosecution to modify the composition of the jury so as to exclude representativeness, as occurred in this case, in itself undermines the impartiality of a jury.

voir affectée par le processus. Le présent cas en est un exemple éloquent. Or, comme je l'ai mentionné dans l'affaire *R. c. Bain*, précitée, la représentativité est une caractéristique qui, sans la garantir complètement, favorise la perception d'impartialité. Si la représentativité ne constitue pas une qualité essentielle d'un jury, on doit néanmoins la rechercher. La véritable garantie d'impartialité du jury se situe, quant à elle, dans la combinaison de la représentativité avec l'exigence de l'unanimité du verdict à rendre. Conséquemment, une tentative manifeste, par le poursuivant, de modifier la composition du jury en écartant sa représentativité, comme en l'instance, constitue par le fait même une atteinte à l'impartialité du jury.

54 For these reasons, I would allow the appeal and order a new trial.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

55 McLACHLIN J. — I agree with the reasons of Justice Sopinka. Like him, I would not find it essential to comment on the issue of jury selection, were it not for the reasons of Justice Gonthier on the issue with which I respectfully do not agree.

LE JUGE McLACHLIN — Je souscris aux motifs du juge Sopinka. Comme lui, je n'estimerai pas essentiel de commenter la question de la sélection du jury, si ce n'étaient les motifs du juge Gonthier sur la question, auxquels, en toute déférence, je ne peux adhérer.

56 Gonthier J., at p. 787, suggests that a jury must be "impartial, representative and competent". I agree that a jury must be impartial and competent. But, with respect, the law has never suggested that a jury must be representative. For hundreds of years, juries in this country were composed entirely of men. Are we to say that all these juries were for that reason partial and incompetent?

Le juge Gonthier, à la p. 787, fait remarquer que le jury doit être « impartial, représentatif et compétent ». J'admets que le jury doive être impartial et compétent. En revanche, avec égards, la loi n'a jamais dit que le jury devait être représentatif. Pendant des siècles, les jurys ont été composés exclusivement d'hommes au Canada. Devons-nous en conclure qu'ils étaient tous, pour cette raison, partiels et incompetents?

57 To say that a jury must be representative is to confuse the means with the end. I agree that representativeness may provide extra assurance of impartiality and competence. I would even go so far as to say that it is generally a good thing. But I cannot accept that it is essential in every case, nor that its absence automatically entitles an accused person to a new trial.

Exiger que le jury soit représentatif, c'est confondre la fin et les moyens. Je conviens que la représentativité puisse procurer une garantie supplémentaire d'impartialité et de compétence. J'irais même jusqu'à dire que c'est en général une bonne chose. Par contre, je ne peux admettre que la représentativité est toujours essentielle, ou que son absence donne automatiquement à l'accusé le droit à un nouveau procès.

To say that a jury must be representative is to set a standard impossible of achievement. The community can be divided into a hundred different groups on the basis of variants such as gender, race, class and education. Must every group be represented on every jury? If not, which groups are to be chosen and on what grounds? If so, how much representation is enough? Do we demand parity based on regional population figures? Or will something less suffice? I see no need to start down this problematic path of the representative jury, provided the impartiality and competence of the jury are assured. Representativeness may be a means to achieving this end. But it should not be elevated to the status of an absolute requirement.

In the case at bar there is no evidence that the Crown used its stand-by powers to the end of achieving a jury which would be favourable to the Crown. It is at least equally open to infer, as Doherty J.A. suggests ((1993), 14 O.R. (3d) 756), that its aim was to secure a jury which would be capable of judging the issues in an impartial and unbiased manner. So the suggestion of deliberate Crown abuse of the system is not made out.

Nor is there any evidence that the jury chosen was, or could reasonably be perceived to be, other than impartial and competent. Indeed, one must presume the contrary, given that each party had the right to test each juror and object to any juror who might be partial or incompetent. The defence, in suggesting partiality, asks in essence that we infer from the fact that the jury was composed entirely of women that it would be partial to the Crown, or would be seen by a reasonable person to be partial to the Crown. These are inferences which I cannot draw. I see no reason to suppose that an all-woman jury cannot be as impartial as all-male juries have been presumed to be for centuries. Nor can I see any reason to suppose that an all-woman jury would be seen by a reasonable member of the public as favouring the Crown. The question is not whether people, or even a number of people, might for irrational reasons object to an all-woman jury.

Exiger la représentativité d'un jury revient à fixer une norme impossible à atteindre. On pourrait partager la collectivité en des centaines de groupes différents sur le fondement de caractéristiques comme le sexe, la race, la classe et l'instruction. Chaque groupe doit-il être représenté au sein de chaque jury? Dans la négative, quels groupes choisir et pour quels motifs? Dans l'affirmative, quelle représentation suffit? Devons-nous exiger la parité fondée sur les statistiques démographiques régionales? Ou pouvons-nous nous contenter de moins? Je ne vois pas l'utilité de s'engager dans cette voie problématique de la représentativité du jury, pourvu que l'impartialité et la compétence du jury soient garanties. La représentativité peut être un moyen d'atteindre cette fin. Mais elle ne devrait pas être élevée au niveau d'exigence absolue.

En l'espèce, il n'y a aucune preuve que le ministère public a eu recours à son pouvoir de mettre des jurés à l'écart dans le but d'obtenir un jury qui lui soit favorable. On pourrait tout aussi bien conclure, comme le juge Doherty de la Cour d'appel le suggère ((1993), 14 O.R. (3d) 756), qu'il cherchait à former un jury qui soit apte à juger les questions en litige en toute impartialité. La prétention suivant laquelle le ministère public a délibérément abusé du processus n'est donc pas établie.

Par ailleurs, aucune preuve n'indique que le jury sélectionné n'était pas impartial et compétent, ou qu'il pouvait raisonnablement être perçu comme tel. En fait, on doit présumer le contraire puisque chaque partie a eu le droit d'évaluer chaque juré potentiel et de s'opposer à la sélection de toute personne susceptible d'être partielle ou incompétente. La défense, en alléguant la partialité, demande essentiellement que l'on infère du fait que le jury était composé exclusivement de femmes, qu'il serait partial en faveur du ministère public, ou serait perçu comme tel par toute personne raisonnable. Il m'est impossible de tirer de telles conclusions. Je ne vois aucune raison de supposer qu'un jury entièrement féminin ne puisse être aussi impartial que les jurys entièrement masculins qui ont été réputés l'être pendant des siècles. Je ne conçois en outre aucune raison de supposer qu'une personne raisonnable considérerait qu'un

58

59

60

The question is rather whether such people could reasonably object to an all-woman jury, each member of which has been judged to be impartial and competent and, apart from gender, fit to judge the issues in the case. That question must, in my view, be answered in the negative. Therefore, I agree with the Court of Appeal below that no error was demonstrated in the selection of the jury.

jury féminin appuiera la thèse du ministère public. Il ne s'agit pas de savoir si des personnes, voire même un certain nombre de personnes, risquent, pour des raisons irrationnelles, de s'opposer à la formation d'un jury exclusivement féminin. Il s'agit plutôt de savoir si des gens pourraient raisonnablement s'opposer à un jury féminin dont chaque membre a été jugé impartial et compétent et, indépendamment du sexe, apte à juger les questions soulevées dans l'affaire. Il faut à mon avis répondre à cette question par la négative. J'estime donc, à l'instar de la Cour d'appel, qu'il n'a été démontré aucune erreur dans la sélection du jury.

61

I would allow the appeal for the reasons set out by Sopinka J.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour les motifs prononcés par le juge Sopinka.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Solicitors for the appellant: Duncan, Fava, Schermbrucker, Toronto.

Procureurs de l'appelant: Duncan, Fava, Schermbrucker, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.