

Lawrence Graham Matheson *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1980: December 8; 1981: June 22.

Present: Martland, Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Evidence — Criminal law — Preliminary hearing evidence not read into trial record after re-election — Conviction on basis of all evidence — Alleged intention that all evidence be considered — Whether or not conviction should be overturned and new trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 484, 485(1), 491.

The trial judge, during a preliminary inquiry, granted appellant's motion re-electing trial by magistrate. Inadvertently, the evidence adduced before the election was not read into the trial record. Accused appealed his conviction. The issue considered by this Court was whether or not all the evidence called should have been considered in the question of guilt, given the contention that accused intended the evidence to be so used.

Held: The appeal should be allowed.

To secure conviction, the Crown had to legally adduce evidence at the accused's trial. Speculation as to accused's intentions would not remedy the fatal oversight of the evidence not being read into the trial record. It was immaterial that the trier of fact at the trial was the same person as the one who presided over the preliminary hearing.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal for Manitoba¹, dismissing an appeal from conviction by Dubiensi P.J. Appeal allowed.

No one appearing on behalf of the appellant.

J. G. B. Dangerfield, for the respondent.

¹ (1979), 90 C.C.C. (2d) 92, 13 C.R. (3d) 62, 1 M.R. (2d) 111; [1979] 6 W.W.R. 738.

Lawrence Graham Matheson *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1980: 8 décembre; 1981: 22 juin.

Présents: Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Preuve — Droit criminel — Omission de verser au dossier du procès après le nouveau choix les témoignages entendus à l'enquête préliminaire — Déclaration de culpabilité fondée sur l'ensemble de la preuve — Allégation qu'on voulait que tous les témoignages soient pris en considération — Opportunité d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 484, 485(1), 491.

Le juge du procès, au cours d'une enquête préliminaire, a fait droit à la demande de l'appellant de faire un nouveau choix pour être jugé par un magistrat. Par inadvertance, on n'a pas versé au dossier du procès les témoignages entendus avant le nouveau choix. L'accusé a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité. La question dont la Cour est saisie est de savoir si, compte tenu de la prétention que c'était là l'intention de l'accusé, on aurait dû considérer toute la preuve recueillie relativement à la question de la culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, le ministère public doit légalement faire sa preuve au procès de l'accusé. Des conjectures quant aux intentions de l'accusé ne répareront pas l'oubli fatal de verser la preuve au dossier du procès. Il n'est pas pertinent que le juge des faits au procès soit la personne qui a présidé l'enquête préliminaire.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹, qui a rejeté un appel contre le verdict de culpabilité rendu par le juge Dubiensi de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

Personne n'a comparu pour l'appellant.

J. G. B. Dangerfield, pour l'intimée.

¹ (1979), 90 C.C.C. (2d) 92, 13 C.R. (3d) 62, 1 M.R. (2d) 111; [1979] 6 W.W.R. 738.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—The appellant was charged before a Provincial Court Judge in Winnipeg with four offences, two of which are relevant to this appeal: in the same charge, a count of robbery, s. 302(d) of the *Criminal Code*, and one of using a firearm to commit an indictable offence, s. 83 of the *Criminal Code*. As the accused had elected to be tried by a judge without a jury and the Crown had chosen to proceed on the first count, the magistrate commenced a preliminary inquiry into that offence. After twelve witnesses were examined, the appellant moved to re-elect for a trial by a magistrate under Part XVI, as is permitted in accordance with the provisions of s. 491 of the *Code*. The Provincial Court Judge granted the motion, took a plea of not guilty, continued the proceedings as a trial, heard the rest of the evidence and, the evidence adduced at the trial on that first count having been read into the record of the second count, found the appellant guilty of both offences.

The accused appealed to the Court of Appeal for Manitoba on grounds raising various issues which he now argues before this Court. They turn mainly upon the question whether there must be and, if so, whether in fact there was in this case strict compliance with the operative provisions of ss. 484 (election) and 491 (re-election) of the *Code*; he also takes issue with those who hold that it is sufficient that there be substantial compliance with those provisions, and questions the right of an accused to waive same, strict or substantial, either personally or through counsel. Those grounds need not here be considered, as I am of the view that the appeal should succeed on a ground raised in the Crown's factum.

Crown counsel, to his credit, and all the more so as the appellant is unrepresented before this Court,

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—L'appelant a été accusé devant un juge de la Cour provinciale à Winnipeg d'avoir commis quatre infractions, dont deux font l'objet de ce pourvoi. Il s'agit, dans la même accusation, d'un chef de vol qualifié, al. 302d) du *Code criminel*, et d'un chef d'utilisation d'arme à feu pour commettre un acte criminel, art. 83 du *Code criminel*. Comme l'accusé avait choisi d'être jugé par un juge sans jury et que le ministère public avait choisi de procéder relativement au premier chef d'accusation, le magistrat a commencé à tenir une enquête préliminaire relativement à cette infraction. Après qu'on eut entendu douze témoins, l'appelant a demandé, en vertu de l'art. 491 du *Code*, de faire un nouveau choix pour être jugé par un magistrat conformément à la Partie XVI. Le juge de la Cour provinciale a fait droit à la requête, reçu un plaidoyer de non-culpabilité, continué les procédures à titre de procès et entendu les témoignages qui restaient. Par la suite, on a versé au dossier du second chef d'accusation la preuve soumise lors du procès relatif au premier chef et le juge a déclaré l'appelant coupable des deux infractions.

L'accusé a interjeté appel à la Cour d'appel du Manitoba en invoquant divers moyens qu'il fait maintenant valoir devant cette Cour. Ils portent principalement sur la question de savoir s'il faut se conformer strictement aux dispositions applicables des art. 484 (choix) et 491 (nouveau choix) du *Code* et, dans l'affirmative, si on s'y est conformé strictement en l'espèce. L'appelant s'oppose à ceux qui soutiennent qu'il suffit de se conformer en substance aux dispositions en question. Il conteste en outre le droit d'un accusé de renoncer, soit personnellement, soit par son avocat, à l'exigence de s'y conformer et ce, qu'il s'agisse de respect strict ou de substance. Il n'est pas nécessaire en l'espèce d'examiner ces moyens, car je suis d'avis que le pourvoi doit être accueilli à cause d'un motif soulevé dans le mémoire du ministère public.

Le substitut du procureur général, (il faut lui en tenir gré, d'autant plus que l'appelant n'était pas

drew our attention to the fact that inadvertently the evidence adduced prior to the re-election and plea of not guilty had, save some admissions, not been in any way read into the trial record. Having raised the issue Crown-respondent then argued that "it is clear that it was Appellant's intention that all the evidence called was to be used in deciding his guilt or innocence". Respondent then suggested that "it was quite within the power of the learned Provincial Court Judge in the circumstances of the case at bar to consider all of the evidence called in the question of guilt".

I cannot agree. Whatever may have been appellant's intentions, it is incumbent upon the Crown to adduce evidence at the accused's trial and we cannot compensate for that understandable but no less fatal oversight by resorting to speculating as to appellant's intentions at the time; be they as the Crown suggests, an accused cannot be convicted on evidence he thought was adduced at his trial, but only on evidence which was legally adduced before the trier of fact in the course of that trial. That the trier of fact at the trial be the same person as the one who presided at the abortive preliminary hearing is immaterial. We are not here facing a mistake concerning a mere formality though the matter could have been dealt with then quite simply, since respondent is right at least as to appellant's attorney's intention at the time. It was evidently an oversight on the part of all; but that oversight, understandable as it may be, nevertheless resulted in evidence, necessarily relied upon for the convictions, not having been actually adduced before the trial judge. We are not here governed by s. 485(1) of the *Code*, where a magistrate, conducting a trial, and being of the view that the charge should be prosecuted by indictment, continues the proceedings as a preliminary inquiry. My reading of s. 485(1) is that, in such a case, the magistrate need not read the trial evidence into the inquiry's record. Parliament differentiated between the two situations no doubt because evidence admissible at an accused's trial will of neces-

représenté devant cette Cour), nous a fait remarquer que par inadvertance on n'avait pas, à l'exception de la reconnaissance de certains faits et de certaines déclarations, de quelque manière versé au dossier du procès les témoignages entendus avant le nouveau choix et le plaidoyer de non-culpabilité. Ayant soulevé la question, le ministère public intimé plaiderait néanmoins que [TRADUCTION] «il est évident que l'appelant voulait que tous les témoignages entendus soient utilisés afin de décider de sa culpabilité ou de son innocence». L'intimé a alors prétendu que [TRADUCTION] «le savant juge de la Cour provinciale avait certes le pouvoir, dans les circonstances de l'espèce, de considérer toute la preuve recueillie relativement à la question de la culpabilité».

Je ne suis pas d'accord. Quelles qu'aient pu être les intentions de l'appelant, il incombe toujours au ministère public de faire sa preuve au procès de l'accusé et nous ne pouvons compenser son oubli de le faire, compréhensible mais non moins fatal, en recourant à des conjectures quant aux intentions de l'appelant à l'époque. Même si ces intentions sont celles que lui impute le ministère public, on ne peut rendre un verdict de culpabilité contre un accusé sur la preuve que ce dernier croyait avoir été soumise à son procès, mais uniquement sur la preuve légalement soumise devant le juge des faits au cours du procès. Il n'est pas pertinent que le juge des faits au procès soit la personne qui a présidé l'enquête préliminaire avortée. Nous ne sommes pas ici en présence d'une erreur qui porte sur une simple formalité, bien qu'on eût pu régler la question assez facilement à ce moment-là puisque l'intimé a raison du moins en ce qui concerne l'intention de l'avocat de l'appelant à l'époque. Il s'agit de toute évidence d'un oubli de la part de tout le monde; mais par suite de cet oubli, si compréhensible soit-il, des preuves, sur lesquelles il fallait nécessairement s'appuyer pour qu'il y ait verdict de culpabilité, n'ont pas véritablement été faites devant le juge du procès. En l'espèce, ce n'est pas le par. 485(1) du *Code* qui s'applique. Ce paragraphe vise le cas où un magistrat (de la Partie XVI) qui préside un procès est d'avis que l'inculpation devrait être poursuivie par voie de mise en accusation et continue les procédures à

sity be so at his preliminary, but not necessarily conversely.

A person may be convicted for an offence only after having been accused of that offence and after a trial at which proof of that person's guilt has been adduced before a judge (or judge and jury) having jurisdiction to hear the case. An accused may waive (subject to that waiver being accepted by the judge) his right to a trial by a plea of guilty. Short of that there must be compliance with the rule that guilt must be established during the trial before the trier of fact. As regards evidence by witnesses, strict compliance means their being sworn or affirmed and heard at the trial before the trier of fact. An accused may, if the Crown consents and the Court accepts, waive strict compliance with that rule in many ways and in various degrees; indeed, he may relieve the Crown from proving certain facts by admitting them; he may dispense with the swearing in of witnesses and the taking of their evidence by admitting what their evidence would be as regards certain facts if those witnesses were called; he may, if the evidence has already been adduced at a previous proceeding, accept that the evidence be read or even be deemed to be read into the trial proceedings; he may even accept, when as in this case the trial judge is the same person before whom the witnesses testified in the previous proceedings, that their evidence be deemed read into the record of his trial without even awaiting the filing of the transcript of their oral evidence. But, whatever be the method chosen for satisfying at least substantial compliance, there are two prerequisites to be met, short either one of which there is no compliance at all (save the exception found in the *Code* at s. 485(3)(b): that the consent by the accused and the Crown departing from strict compliance be conveyed to the Court in the course of the trial, and then that the evidence in some way, be it by the filing of transcripts or even by some reference

titre d'enquête préliminaire. Selon mon interprétation du par. 485(1), le magistrat en pareil cas n'est pas tenu de lire et de verser au dossier de l'enquête la preuve recueillie pendant le procès. Le Parlement a fait une distinction entre les deux situations sans doute parce que la preuve qui est recevable au procès d'un accusé le sera nécessairement à son enquête préliminaire, alors que l'inverse ne tient pas forcément.

Une personne ne peut être reconnue coupable d'une infraction qu'après avoir été accusée de l'avoir commise et après un procès au cours duquel on a apporté devant un juge (ou devant un juge et jury) ayant juridiction la preuve de sa culpabilité. Un accusé peut renoncer (pourvu que le juge accepte la renonciation) à son droit à un procès en plaidant coupable. Autrement, il faut se conformer à la règle selon laquelle la culpabilité doit être établie au cours du procès devant le juge des faits. Pour ce qui est des dépositions des témoins, le respect strict de la règle exige que ces derniers prêtent serment ou fassent une affirmation solennelle et qu'ils soient entendus au cours du procès et ce devant le juge des faits. Un accusé peut, si le ministère public y consent et que la cour y acquiesce, renoncer au respect strict de cette règle, et ce de nombreuses façons et à différents degrés. En effet, il peut dispenser le ministère public de prouver certains faits en les admettant; il peut, en admettant quels seraient leurs témoignages à l'égard de certains faits si on les faisait témoigner, ne pas exiger que des témoins prêtent serment et que leurs dépositions soient effectivement recueillies; il peut, si le témoignage a déjà été apporté au cours d'une procédure antérieure, accepter que ce témoignage soit versé ou même considéré comme versé au dossier du procès; il peut même admettre, lorsque, comme en l'espèce, le juge du procès est le même que celui qui a entendu les témoins au cours de la procédure antérieure, que leurs témoignages soient considérés comme versés au dossier de son procès sans même attendre que la transcription de ces témoignages soit déposée. Mais quelle que soit la méthode choisie pour se conformer à la règle, au moins en substance, il existe deux conditions préalables et l'inobservation d'une seule de ces conditions suffit pour qu'il n'y ait pas conformité avec la règle (abstraction faite de l'exception qui se trouve

to previous judicial proceedings, enter the record some time during that trial. In the present case neither was met. As a result the evidence adduced prior to the re-election cannot form any part of the trial.

In all fairness to the Court of Appeal I should mention that this ground was not raised before that Court. It is not without reluctance that I see myself compelled to considering overruling a Court's finding on a ground that had not been raised before that Court; nevertheless, given the fatal effect on the proceedings resulting from this oversight, I am compelled to conclude that this appeal should be allowed and a new trial ordered.

Appeal allowed.

Solicitor for the respondent: Deputy Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

à l'al. 485(3)b) du *Code*): savoir, que le consentement de l'accusé et du ministère public à ce qu'il y ait dispense de se conformer strictement à la règle soit transmis à la cour au cours du procès, puis que les témoignages soient de quelque façon, que ce soit par le dépôt de transcriptions ou même par quelque renvoi à des procédures judiciaires antérieures, versés au dossier à quelque moment pendant le déroulement du procès. En l'espèce on n'a rempli ni l'une ni l'autre condition. Par conséquent la preuve apportée avant le nouveau choix ne peut faire partie du dossier du procès.

Il n'est que juste de mentionner que ce motif n'a pas été soulevé devant la Cour d'appel. C'est à regret que je me vois contraint d'être de l'avis de casser l'arrêt d'une cour à cause d'un motif qui n'a pas été soulevé devant elle; néanmoins, compte tenu de l'effet fatal de cet oubli sur les procédures, je dois conclure que ce pourvoi devrait être accueilli et un nouveau procès ordonné.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'intimée: Le sous-procureur général du Manitoba, Winnipeg.