

Michel Robillard *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1978: March 14; 1978: May 1.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Pratte JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Incomplete evidence — Reopening of inquiry — Absence of prejudice — Criminal Code, ss. 302 and 643.

Appellant was convicted by a jury of armed robbery. An accomplice, Sévigny, who had identified him at the preliminary inquiry as one of the robbers, refused to testify at the trial. The evidence given by Sévigny at the inquiry was then read to the jury and the Crown closed its case. After counsel for the Crown had addressed the jury, counsel for the appellant argued that appellant had not been identified at the trial as the Robillard referred to in Sévigny's testimony. The judge granted the Crown leave to reopen the inquiry in order to produce this evidence. In the Court of Appeal, the dissenting judge regarded this as a fatal error, while the two majority judges held that the trial judge had exercised his discretionary power judiciously and refused to interfere.

Held: The appeal should be dismissed.

A trial judge may allow the Crown to submit additional evidence after the Crown has closed its case, and this power is discretionary and not subject to the strict limitation accepted by the dissenting judge in the Court of Appeal, namely that reopening may be allowed only if "some matter arises *ex improviso* which no human ingenuity could have foreseen". According to the weight of authority, the trial judge may allow the inquiry to be reopened in order to rectify an inadvertent omission, for example, and the Court of Appeal may interfere only if it is shown that an injustice has resulted or that there was some prejudice to the accused.

In the case at bar there could be no doubt about the identity of the accused. It had been positively established in the absence of the jury at the *voir dire*, and all that was required was to have this evidence repeated before the jury. There was no prejudice to appellant in the fact that this purely formal evidence was made at that later stage rather than earlier.

Michel Robillard *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1978: 14 mars; 1978: 1^{er} mai.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Pratte.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve incomplète — Réouverture de l'enquête — Absence de préjudice — Code criminel, art. 302, 643.

L'appelant a été déclaré coupable par un jury de vol à main armée. Un complice, Sévigny, qui l'avait identifié à l'enquête préliminaire comme un des auteurs du vol, a refusé de témoigner au procès. Le témoignage rendu par ce dernier à l'enquête a alors été lu au jury et le ministère public a déclaré sa preuve close. Après la plaidoirie de l'avocat du ministère public, l'avocat de l'appelant a soutenu que ce dernier n'avait pas été identifié au procès comme le Robillard mentionné dans le témoignage de Sévigny. Le juge a accordé au ministère public la permission de réouvrir l'enquête pour faire cette preuve. En Cour d'appel, le juge dissident a considéré qu'il s'agissait là d'une erreur fatale alors que les deux juges de la majorité décidaient que le juge de première instance avait exercé judicieusement son pouvoir discrétionnaire et refusaient d'intervenir.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le juge qui préside un procès a le pouvoir de permettre la réouverture de l'enquête et c'est un pouvoir discrétionnaire qui n'est pas soumis à la restriction rigoureuse retenue par le juge dissident de la Cour d'appel, savoir que la réouverture ne peut être permise que «si un fait, qu'aucun esprit humain ne peut prévoir, survient à l'improviste». Selon la jurisprudence prépondérante, le juge de première instance peut permettre la réouverture de l'enquête pour, par exemple, remédier à un oubli commis par inadvertance, et la Cour d'appel ne doit intervenir que s'il est démontré qu'une injustice en a résulté ou que l'accusé a subi un préjudice.

En l'espèce, rien ne permettait de douter de l'identité de l'accusé. Elle avait été établie sans conteste lors du *voir dire* fait hors la présence des jurés et il ne s'agissait que de répéter cette preuve devant eux. L'appelant n'a subi aucun préjudice du fait que cette preuve purement formelle ait été faite tardivement.

Sullivan v. R. (1922), 16 Cr. App. R. 121; *R. v. Grégoire* (1927), 60 O.L.R. 363; *McKenna v. R.* (1956), 40 Cr. App. R. 65; *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386, followed; *Day v. R.* (1940), 27 Cr. App. R. 168; *R. v. Marsh* (1940), 74 C.C.C. 312, distinguished; *R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *R. v. "Evgenia Chandris"*, [1977] 2 S.C.R. 97; *Norman Clement Pilcher et al. v. R.* (1974), 60 Cr. App. R. 1, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec¹ affirming a verdict of guilty delivered by a jury. Appeal dismissed.

Roland Blais, Q.C., for the appellant.

Rémi Bouchard, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

PIGEON J.—This appeal, brought as of right on the basis of the dissent of Casey J.A., is from the judgment of the Court of Appeal of the province of Quebec, [1975] C.A. 63, affirming the conviction for armed robbery entered against appellant. Since the judgment does not specify as required by s. 606 of the *Criminal Code* the grounds in law upon which the dissent is based, I find it useful to quote the major part of Casey J.A.'s reasons. They include a fair summary of the relevant facts:

The robbery occurred on January 17th, 1971, and several people were involved, one being Ferland. In due course the Crown proceeded with his preliminary inquiry and present thereat was one Robillard. At this inquiry another member of the group—Sevigny—testified and it was he who identified the robbers, one being the Robillard then present in Court. The next day Sevigny's evidence was deposited to serve as proof in Appellant's preliminary inquiry.

Called by the Crown at Appellant's trial Sevigny refused to testify. He was then found guilty of contempt (p. 200) following which the Crown (C.C. 643) asked that the evidence given by him at Ferland's preliminary inquiry be read to the jury. This was done (p. 312) and after the Crown had closed its case (p. 35) Appellant declared (p. 36) that he had no witnesses to offer. After the Crown had addressed the jury, Appellant (p. 1046) argued that he had not been identified as having been one of the bandits. His argument was that Sevigny's deposition, if it identified anyone, identified the Robil-

Arrêts suivis: *Sullivan v. R.* (1922), 16 Cr. App. R. 121; *R. v. Grégoire* (1927), 60 O.L.R. 363; *McKenna v. R.* (1956), 40 Cr. App. R. 65; *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386; distinction faite avec les arrêts: *Day c. R.* (1940), 27 Cr. App. R. 168; *R. v. Marsh* (1940), 74 C.C.C. 312; arrêts mentionnés: *R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *R. c. "Evgenia Chandris"*, [1977] 2 R.C.S. 97; *Norman Clement Pilcher et al. c. R.* (1974), 60 Cr. App. R. 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ confirmant un verdict de culpabilité rendu par un jury. Pourvoi rejeté.

Roland Blais, c.r., pour l'appellant.

Rémi Bouchard, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi a été interjeté de plein droit en se fondant sur l'opinion dissidente du juge Casey à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1975] C.A. 63 qui a confirmé le verdict de culpabilité de vol à main armée rendu contre l'appellant. Vu que l'arrêt ne renferme pas comme le voudrait l'art. 606 *C.cr.*, l'énoncé du motif en droit sur lequel repose la dissidence, il me paraît à propos de reproduire textuellement l'essentiel des motifs du juge Casey. On y trouve d'ailleurs un bon résumé des faits pertinents:

[TRADUCTION] Le vol qualifié a été perpétré le 17 janvier 1971. Plusieurs personnes étaient impliquées, dont Ferland. En temps voulu, le ministère public a procédé à son enquête préliminaire et un nommé Robillard y assistait. Au cours de cette enquête, un autre membre du groupe—Sévigny—a témoigné; il a identifié les voleurs, dont Robillard, alors présent. Le lendemain, le témoignage de Sévigny était déposé en preuve à l'enquête préliminaire de l'appellant.

Cité comme témoin au procès de l'appellant par le ministère public, Sévigny a refusé de témoigner. Il a été trouvé coupable d'outrage au tribunal (p. 200) et le ministère public (643 *C.cr.*) a alors demandé que soit lu au jury le témoignage qu'il avait rendu à l'enquête préliminaire de Ferland. Ce fut fait (p. 312). Le ministère public a présenté sa preuve (p. 35), puis l'appellant a déclaré (p. 36) qu'il n'avait aucun témoin à faire entendre. Après la plaidoirie du ministère public devant le jury, l'appellant (p. 1046) a soutenu qu'il n'avait pas été identifié comme l'un des bandits. Il prétendait que dans

¹ [1975] C.A. 63.

¹ [1975] C.A. 63.

lard who was present in Court during the Ferland inquiry but that since there was no evidence that he and that Robillard were the same person there was no case for him to answer.

The Crown then moved that the enquete be re-opened to permit evidence on the identification issue and this motion was granted, the trial judge saying, amongst other things:

[TRANSLATION] I am sure that this was an oversight—that this important factor, this important evidence, was inadvertently omitted by the Crown in the confusion caused by the fact that Sevigny did not testify.

In my opinion this was a fatal error. Having declared his case closed Appellant was entitled to ask the trial judge to instruct the jury that there was a complete absence of proof on an essential element and that he, having no case to answer, should be acquitted. Instead of granting this demand the trial judge re-opened the enquete and allowed the Crown to produce additional evidence.

We are dealing with evidence introduced after Appellant had stated that he had no witnesses to offer. In these circumstances the trial judge's power to reopen existed only if, in the words of Sloan, J.A. (*Kishen Singh*, 76 C.C.C. 248, *Day*, (1940), 27 Cr. App. R. 168) "... some matter arises *ex improviso* which no human ingenuity could have foreseen". In the present case the additional evidence does not satisfy this test; ...

On the contrary, Montgomery J.A. stated, with the concurrence of Bernier J.A.:

The rule followed in England was stated by Mr. Justice Byrne, giving the opinion of the Court of Criminal Appeal in *McKenna*, (1956), 40 Cr. App. R. 65. The accused was charged with the illegal export of goods made of iron or steel. At the close of the prosecution's case, the defence submitted that there was no case to answer because the prosecution had not made evidence that the goods exported were in fact made of such a substance. The commissioner hearing the case accordingly recalled one of the prosecution witnesses to make such evidence. The accused was convicted, and his appeal was dismissed, Byrne J. saying (at pp. 66-67):

It is, in the opinion of this court, sufficient to say that the course taken by the learned Commissioner is one which has been recognized as being a perfectly proper course for many years. It is only necessary to refer to

son témoignage, Sévigny avait identifié un dénommé Robillard qui était présent pendant l'enquête préliminaire de Ferland mais que, puisqu'il n'y avait aucune preuve que ce Robillard était lui, il n'y avait pas de preuve à charge.

Le ministère public a alors demandé la réouverture de l'enquête pour faire la preuve de l'identification. Sa requête a été accordée et le juge de première instance a dit:

Je dis que c'est par inadvertance, que c'est une chose importante, c'est une preuve importante qui a été oubliée par inadvertance, par la Couronne, à cause de l'imbroglia créé par le fait que Sévigny n'a pas témoigné.

[TRADUCTION] A mon avis, c'était une erreur fatale. Le ministère public ayant déclaré sa preuve close, l'appelant pouvait alors demander au juge de première instance d'instruire le jury qu'un élément essentiel n'avait pas été établi et que, vu l'absence de preuve à charge, il devait être acquitté. Au lieu d'accéder à cette demande, le juge de première instance a réouvert l'enquête et permis au ministère public de présenter une preuve supplémentaire.

Il s'agit ici d'une preuve présentée après que l'appelant a déclaré qu'il n'a aucun témoin à faire entendre. Dans ces circonstances, le juge de première instance ne peut réouvrir l'enquête que si, selon les termes du juge d'appel Sloan (*Kishen Singh*, 76 C.C.C. 248, *Day*, (1940), 27 Cr. App. R. 168) "... un fait, qu'aucun esprit humain ne peut prévoir, survient à l'improviste". En l'espèce, la preuve supplémentaire ne répond pas à ce critère; ...

Au contraire le juge Montgomery a dit notamment avec l'agrément du juge Bernier:

[TRADUCTION] Le juge Byrne, dans l'arrêt *McKenna*, (1956), 40 Cr. App. R. 65, au nom de la *Court of Criminal Appeal*, a formulé la règle suivie en Angleterre. L'accusé était inculpé d'avoir illégalement exporté des marchandises de fer et d'acier. A la fin de la preuve de la poursuite, la défense a soutenu qu'il y avait absence de preuve à charge parce que la poursuite n'avait pas établi que les marchandises exportées étaient vraiment fabriquées avec ces matériaux. Le commissaire qui entendait la cause a alors rappelé un témoin de la poursuite pour qu'il fasse cette preuve. L'accusé a été déclaré coupable et son appel rejeté. Le juge Byrne a dit (aux pp. 66-67):

La cour est d'avis qu'il suffit de dire que la ligne de conduite adoptée par le savant commissaire a été reconnue, depuis des années, comme parfaitement légitime. Il suffit de consulter l'arrêt *Sullivan*, (1922),

Sullivan, (1922), 16 Cr. App. R. 121; [1923] 1 K.B. 47, where it is at once to be seen that a judge, in the circumstances in which the learned Commissioner acted in this case, has complete discretion whether a witness shall be recalled, and this court will not interfere with the exercise of his discretion unless it appears that thereby an injustice has resulted. It is quite obvious that there was no injustice in this case, and indeed this court is of opinion that without the evidence of the recalled witness there would have been sufficient evidence for the case to go to the jury.

In the *Sullivan* case, cited above, the Court of Criminal Appeal upheld a murder conviction, although the trial judge had recalled certain of the Crown's witnesses to rebut an argument made by the defence counsel in addressing the jury.

Our own courts have gone even farther, permitting the Crown to make before a court of appeal formal evidence omitted at the trial; see *Kissick v. R.*, [1952] 1 S.C.R. 343, where the accused were charged with conspiracy to sell narcotic drugs. On appeal, it was argued that there was a defect in the proof that the substance in question was in fact a narcotic drug. The Manitoba Court of Appeal then permitted the Crown to make formal proof to this effect. The Supreme Court held that the Court of Appeal had acted properly in so doing, though Kerwin, J., dissenting, would have ordered a new trial.

The above case was followed by the Ontario Court of Appeal in one where the facts bear some resemblance to those now before us, *R. v. Huluszkiw*, (1962), 37 C.R. 386. In that case, a witness who had testified at the preliminary inquiry died before the trial. Her testimony was placed before the trial judge, who held that he could not consider it because certain formal proof as to the circumstances under which it had been given had not been made. On an appeal by the Crown, the Court of Appeal permitted this proof to be made before it and convicted the accused. Speaking for the court, McLennan, J.A. said (at p. 390):

It would be unfortunate if the ends of justice were defeated by the inadvertence of counsel in failing to prove what is essentially a matter of form in relation to procedure and provided always that the calling of further evidence, whatever its character, is for an honest purpose and that there are no unfair consequences to the opposite party so far as the presentation of that case is concerned. Such was the case in *Rex v. Perreault*, (1941), 78 C.C.C. 236, 3 Abr. Con. (2nd) 843, where in a trial of an accused for man-

16 Cr. App. R. 121; [1923] 1 K.B. 47, pour constater qu'un juge, dans les circonstances où se trouvait en l'espèce le savant commissaire, avait entière discrétion pour rappeler un témoin et la présente cour n'interviendra pas dans l'exercice de cette discrétion si aucune injustice ne semble avoir été commise. Il est évident qu'aucune injustice n'a été commise dans ce cas-ci et la cour estime que, même si le témoin n'avait pas été rappelé, la preuve était suffisante pour que l'affaire soit soumise au jury.

Dans l'arrêt *Sullivan*, précité, la *Court of Criminal Appeal* a maintenu une déclaration de culpabilité de meurtre bien que le juge de première instance ait rappelé certains témoins de la Couronne pour réfuter un argument avancé par l'avocat de la défense dans sa plaidoirie au jury.

Nos tribunaux sont allés plus loin; ils ont autorisé le ministère public à présenter devant une cour d'appel une preuve formelle qui avait été omise au procès; voir *Kissick c. R.*, [1952] 1 R.C.S. 343, où les accusés étaient inculpés d'avoir comploté de vendre des stupéfiants. En appel, on a prétendu qu'il n'avait pas été prouvé que la substance en cause était réellement un stupéfiant. La Cour d'appel du Manitoba a alors autorisé le ministère public à présenter une preuve formelle sur ce point. La Cour suprême a jugé que la Cour d'appel avait raison, bien que le juge Kerwin, dissident, fût d'avis d'ordonner un nouveau procès.

Cet arrêt a été suivi par la Cour d'appel de l'Ontario dans une cause dont les faits ressemblent à ceux qui nous sont soumis, *R. v. Huluszkiw*, (1962), 37 C.R. 386. Dans ce cas, un témoin qui avait témoigné à une enquête préliminaire était décédé avant le procès. Son témoignage a été soumis au juge de première instance qui a décidé qu'il ne pouvait en tenir compte parce que les circonstances entourant ce témoignage n'avaient pas été établies par une preuve formelle. Le ministère public a interjeté appel. La Cour d'appel a permis que cette preuve lui soit soumise et a déclaré l'accusé coupable. Parlant au nom de la cour, le juge d'appel McLennan a dit (à la p. 390):

Il serait regrettable que les fins de la justice soient contrariées parce qu'un avocat a omis une formalité par inadvertance, à condition toujours que la présentation d'une preuve supplémentaire, quel qu'en soit le caractère, soit faite de bonne foi et que la partie adverse ne subisse aucune conséquence injuste. C'était le cas dans *Rex v. Perreault*, (1941), 78 C.C.C. 236, 3 Abr. Con. (2nd) 843, où, au procès d'un accusé inculpé d'homicide involontaire coupable, le ministère public avait oublié de prouver que l'accusé était le

slaughter the Crown through inadvertence failed to prove that the accused was the driver of the car which killed a person and permission was given to the Crown to prove this fact after the Crown had closed its case. No doubt the burden on the Crown to satisfy the Court that there are no unfair consequences is greater after the defence has closed its case.

In my opinion, the majority decision is correct. A trial judge may allow the Crown to submit additional evidence after the Crown has closed its case, and this discretionary power is not subject to the strict limitation mentioned by Sloan J.A. in *Kishen Singh*². Moreover, it should be noted that this strict rule was not applied in that case: on the contrary, the majority, including Sloan J.A., relied on the unanimous decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Grégoire*³, to the effect that it was proper to permit an omission due to inadvertence to be corrected. In that case, some witnesses had been summoned by the Crown whom the prosecutor had forgotten to call before closing his case. The defence moved for a non-suit but the judge permitted the forgotten witnesses to testify. In *Kishen Singh*, counsel had omitted to put in evidence the proclamation bringing into force the statute on which the prosecution was based. (Nowadays such evidence would clearly not be necessary, in view of s. 23 of the *Statutory Instruments Act*, 1970-71-72, c. 38, as interpreted by the majority in *The Queen v. "Evgenia Chandris"*⁴, according to the English version, under which a "statutory instrument" shall be judicially noticed by judges; although the French version would rather suggest that the document must be put in evidence, since it provides that such an instrument "sera admis d'office en justice".)

In *Day*⁵, the indictment was for forgery. In addition to the document alleged to be forged, two authentic documents were filed for comparison purposes, but no handwriting expert was called to testify. The accused testified in his defence and

conducteur de l'automobile qui avait tué une personne. Le ministère public fut autorisé à établir ce fait bien qu'il ait déjà présenté sa preuve. Il est sans aucun doute plus difficile pour le ministère public de convaincre la cour que la défense ne subit aucune conséquence injuste si celle-ci a déjà présenté toute sa preuve.

A mon avis, la décision majoritaire est bien fondée. Le juge qui préside un procès a le pouvoir de permettre la réouverture de l'enquête et c'est un pouvoir discrétionnaire qui n'est pas assujéti à la restriction rigoureuse dont le juge Sloan a fait état dans l'affaire *Kishen Singh*². Notons d'ailleurs que, dans cette affaire-là, cette règle rigide n'a pas été suivie: la majorité, y compris le juge Sloan, s'est au contraire inspirée de l'arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Ontario *Rex v. Grégoire*³ à l'effet qu'il y a lieu de permettre de remédier à un oubli commis par inadvertance. Dans cette dernière affaire il s'agissait de témoins cités par la poursuite et que le substitut avait oublié de faire témoigner avant de déclarer sa preuve close. La défense ayant alors demandé au juge de prononcer un non-lieu, celui-ci a permis l'audition des témoins oubliés. Dans l'affaire *Kishen Singh* ce qu'on avait oublié de mettre en preuve c'était la proclamation décrétant l'entrée en vigueur de la loi sur laquelle la poursuite était fondée. (Aujourd'hui, il serait clair que cette preuve n'est pas nécessaire vu l'art. 23 de la *Loi sur les textes réglementaires*, 1970-71-72, c. 38, comme la majorité l'a interprété dans *La Reine c. "Evgenia Chandris"*⁴ d'après la version anglaise selon laquelle les juges doivent s'instruire d'office d'un «texte réglementaire», tandis que la version française porterait plutôt à croire qu'il faut en faire la preuve, car on y lit qu'un tel texte «sera admis d'office en justice».)

Dans l'affaire *Day*⁵, il s'agissait d'une inculpation de faux. La poursuite avait produit en outre du document argué de faux, deux pièces authentiques pour fin de comparaison, mais elle n'avait fait entendre aucun expert en écriture. L'accusé avait

² (1941), 76 C.C.C. 248.

³ (1927), 60 O.L.R. 363.

⁴ [1977] 2 S.C.R. 97.

⁵ (1940), 27 Cr. App. R. 168.

² (1941), 76 C.C.C. 248.

³ (1927), 60 O.L.R. 363.

⁴ [1977] 2 R.C.S. 97.

⁵ (1940), 27 Cr. App. R. 168.

denied having committed the forgery. It was only after this testimony that, at the suggestion of the judge, the Crown asked that an expert be permitted to testify. It was not necessary to go as far as the statement quoted by Casey J.A. to hold that the accused has thus suffered prejudice. Be that as it may, subsequent as well as earlier cases in the Court of Criminal Appeal hold that this is a discretionary power which should not be interfered with unless an injustice has resulted. As pointed out by Montgomery J.A., the decision so holding in *McKenna*⁶ in 1956 was based on *Sullivan*⁷, decided in 1922. A decision to this same effect was also rendered a few years later in 1962 by the Ontario Court of Appeal in *Huluszkiw*⁸, also cited by Montgomery J.A.

At the hearing, counsel for the appellant relied on what was said by the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Marsh*⁹, where the statement made as in *Day* was repeated. There too it was unnecessary to go so far. The prejudice was clear. The trial judge had allowed the jury to view the *locus in quo* during their deliberations and, during this visit, the complainant had indicated a different spot from that mentioned in her evidence.

Although not cited by either side, I think a few words should be said about the judgment rendered in 1974 by the Court of Criminal Appeal in *Norman Clement Pilcher et al.*¹⁰ After the defence had opened its case, the judge had admitted the evidence of a witness for the Crown who had been forgotten. The Court of Appeal stated (at p. 5):

... We do not say that in cases like the present where the matter has not arisen *ex improviso* the judge had no kind of discretion at all, but we are firmly of opinion that in cases where the matter does not arise *ex improviso* the judge's discretion should not be exercised to allow the late introduction of an additional witness called for the prosecution whose evidence was available before the case for the prosecution closed. ...

⁶ (1956), 40 Cr. App. R. 65.

⁷ (1922), 16 Cr. App. R. 121.

⁸ (1962), 37 C.R. 386.

⁹ (1940), 74 C.C.C. 312.

¹⁰ (1974), 60 Cr. App. R. 1.

témoigné en défense et nié avoir commis le faux. C'est après cela qu'à la suggestion du juge, la poursuite avait demandé à faire entendre un expert. Pour décider que l'inculpé souffrait préjudice de cette manière de procéder il n'était aucunement nécessaire d'aller aussi loin que le comporte le texte cité par le juge Casey. D'ailleurs, avant comme après cette décision-là, d'autres arrêts de la *Court of Criminal Appeal* ont statué qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire à l'encontre duquel il n'y a lieu d'intervenir que s'il est démontré qu'une injustice en a résulté. Comme l'a souligné le juge Montgomery l'arrêt *McKenna*⁶ rendu en ce sens en 1956 est fondé sur l'arrêt *Sullivan*⁷ rendu en 1922. Un arrêt dans le même sens a été rendu quelques années plus tard en 1962 par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Huluszkiw*⁸ également citée par le juge Montgomery.

A l'audition l'avocat de l'appelant a invoqué ce qui a été dit en Cour d'appel du Manitoba dans l'affaire *Rex v. Marsh*⁹ où l'on a repris la formule de l'arrêt *Day*. Là aussi il n'était aucunement nécessaire d'aller si loin. Le préjudice était évident. Le juge du procès avait permis aux jurés de faire une visite des lieux au cours de leurs délibérations et, pendant cette visite, le principal témoin à charge avait indiqué un endroit différent de celui qui avait été mentionné dans sa déposition.

Bien qu'on ne nous l'ait pas cité, je crois devoir dire quelques mots de l'arrêt rendu en 1974 par la *Court of Criminal Appeal* au sujet de *Norman Clement Pilcher et al.*¹⁰ Après le début de la preuve de la défense, le juge avait permis d'entendre un témoin à charge qui avait été oublié. La Cour d'appel a dit (à la p. 5):

[TRADUCTION] ... Nous ne disons pas que dans des cas comme celui-ci où la question n'a pas été soulevée à l'improviste, le juge n'a aucune discrétion, mais nous croyons fermement que dans les cas où la question n'est pas soulevée à l'improviste, le juge ne doit pas exercer sa discrétion de façon à permettre à la poursuite de présenter tardivement un témoin qui aurait pu être cité avant de déclarer la preuve close ...

⁶ (1956), 40 Cr. App. R. 65.

⁷ (1922), 16 Cr. App. R. 121.

⁸ (1962), 37 C.R. 386.

⁹ (1940), 74 C.C.C. 312.

¹⁰ (1974), 60 Cr. App. R. 1.

In the end, however, the evidence for the Crown was found sufficient without the forgotten witness, and the conviction was affirmed on the ground that the accused had suffered no prejudice. The case is therefore of no great weight, and it appears to me that the rule established by the line of cases mentioned by Montgomery J.A. should be adhered to.

Counsel for the appellant contended that, after deciding to admit further evidence to positively identify the accused as the Michel Robillard mentioned in the deposition read to the jury, the trial judge improperly told counsel for the defence:

[TRANSLATION] I am ready to allow you to present rebuttal evidence . . .

It was claimed that by these words, the judge intended to allow the defence to present evidence only to contradict the additional evidence on identification. I fail to see how such an intention could be imputed to the trial judge, since there could be no doubt about the identity of the accused—it had moreover been positively established in the absence of the jury at the *voir dire*—and all that was required was to have this evidence repeated before it. As stated by Montgomery J.A.:

In the course of this trial it was never at any time questioned that, throughout the proceedings, all references to Michel Robillard were to the same person. The Crown had in fact made evidence (by the detective Desjardins, at p. 301) that the Michel Robillard on trial was the one present at the preliminary inquiry, but this evidence was made in the absence of the jury, and specific evidence of identity was not made before them until the Crown was permitted to reopen its case. In my opinion, the jury would have been entitled to presume from the evidence already before them that there was only one Michel Robillard, and I question whether the reopening of the case was really necessary, but I can see no prejudice to Appellant in the fact that this purely formal evidence was made at that late stage rather than earlier . . .

Furthermore, counsel for the defence, far from asking to be allowed to submit evidence, said to the judge:

[TRANSLATION] I request that you allow me the privilege or right to address the jury after the witness is heard . . .

En définitive cependant, on a jugé la preuve de la poursuite suffisante sans le témoin oublié et confirmé le verdict de culpabilité au motif d'absence de préjudice pour l'inculpé. Cette décision ne me paraît pas d'un grand poids et je crois qu'il faut s'en tenir à la règle établie par la jurisprudence prépondérante citée par le juge Montgomery.

L'avocat de l'appelant s'est plaint de ce qu'après avoir décidé de permettre une preuve additionnelle pour identifier formellement l'inculpé avec le Michel Robillard dont il était question dans la déposition lue aux jurés, le juge du procès a dit à l'avocat de la défense:

Je suis prêt à vous en permettre à faire une contre-preuve . . .

On a prétendu que par ces mots le juge entendait permettre à la défense de faire une preuve seulement pour contredire la déposition additionnelle sur l'identification. Je ne puis voir comment on pourrait prêter au juge du procès une pareille intention, rien ne permettait de douter de l'identité de l'accusé, elle avait d'ailleurs été établie sans conteste lors du *voir dire* fait hors la présence des jurés et il ne s'agissait que de répéter cette preuve devant eux. Comme le dit le juge Montgomery:

[TRANSLATION] Au cours de ce procès, il n'a jamais été mis en doute que toutes les mentions faites de Michel Robillard visaient la même personne. Le ministère public avait en fait établi (grâce au détective Desjardins, à la p. 301) que le Michel Robillard du procès était celui qui était présent à l'enquête préliminaire mais cette preuve a été faite en l'absence du jury. Le jury n'a entendu aucune preuve portant spécifiquement sur cette question de l'identité jusqu'à ce que le ministère public soit autorisé à réouvrir l'enquête. A mon avis, le jury aurait pu présumer, à partir de la preuve qui lui avait été soumise, qu'il n'y avait qu'un seul Michel Robillard et je me demande si la réouverture de l'enquête était vraiment nécessaire. Je ne vois pas quel préjudice a pu subir l'appelant du fait que cette preuve purement formelle a été faite tardivement . . .

De plus l'avocat de la défense, loin de demander d'être admis à faire une preuve, a dit au juge:

Je vais vous demander de me donner le privilège ou le droit de plaider après qu'on va avoir entendu le témoin . . .

This request was immediately granted by the judge.

In my opinion, the Court of Appeal did not err in holding that there was no reason to reconsider the trial judge's exercise of his discretion in allowing the case to be reopened.

I therefore conclude that the appeal should be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Roland Blais, Montreal.

Solicitor for the respondent: Rémi Bouchard, Quebec.

Cette demande fut immédiatement agréée par le juge.

A mon avis la Cour d'appel n'a pas fait erreur en statuant qu'il n'y avait pas lieu de réviser l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire de permettre la réouverture de l'enquête.

Je conclus au rejet du pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Roland Blais, Montréal.

Procureur de l'intimée: Rémi Bouchard, Québec.