

S.G.G. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. G. (S.G.)

File No.: 24939.

1997: March 17; 1997: July 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Trial — Reopening of Crown's case — Trial judge allowing Crown to call new witness after defence had closed its case in murder trial — Whether accused prejudiced by reopening of Crown's case — Whether new trial should be directed.

Criminal law — Evidence — Admissibility of character evidence — Trial judge allowing Crown to cross-examine accused charged with murder as to presence of stolen goods in her house and her sexual relationship with one of boys who carried out killing — Whether evidence of bad character properly admissible.

A young adolescent boy was brutally beaten and then murdered in the accused's house. It was not disputed that the killing was carried out by three other adolescent boys. The Crown's theory was that the accused, the mother of one of them, had incited the boys to assault and kill the victim because she thought he had "ratted" to the police about either her drug activities or the illegal activities of the boys. The only testimony directly implicating the accused in the killing was that of R, one of the boys involved, and there were serious problems with his testimony. The trial judge allowed the Crown to lead evidence of the presence of stolen property in the house on the basis that it was relevant to the Crown's theory of the accused's motives for murdering the victim. He also ruled that the Crown should be permitted to cross-examine the accused on her sexual relationship with M, one of the boys. The only defence witness was the accused. At the end of the defence's case, a further witness, G, came forward. Although she had previously

S.G.G. Appelante

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. G. (S.G.)

N° du greffe: 24939.

1997: 17 mars; 1997: 10 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

Droit criminel — Procès — Réouverture de la preuve du ministère public — Ministère public autorisé par le juge du procès à faire entendre un nouveau témoin après la clôture de la preuve de la défense dans un procès pour meurtre — La réouverture de la preuve du ministère public a-t-elle causé un préjudice à l'accusée? — La tenue d'un nouveau procès devrait-elle être ordonnée?

Droit criminel — Preuve — Admissibilité d'une preuve de moralité — Ministère public autorisé par le juge du procès à contre-interroger une personne accusée de meurtre sur la présence de biens volés dans sa maison et sur ses relations sexuelles avec l'un des garçons qui ont commis le meurtre — La preuve de mauvaise moralité était-elle admissible à bon droit?

Un jeune adolescent a été sauvagement battu puis tué dans la maison de l'accusée. Nul n'a contesté que les auteurs du crime sont trois autres adolescents. Selon la thèse du ministère public, c'est l'accusée, la mère d'un des garçons, qui a incité ceux-ci à agresser et tuer la victime parce qu'elle croyait que la victime avait «mouchardé» à la police au sujet de ses activités liées à la drogue ou des activités illégales des garçons. Le seul témoignage qui impliquait directement l'accusée dans le meurtre est celui de R, un des garçons en cause, et son témoignage a posé de graves problèmes. Le juge du procès a permis au ministère public de démontrer par la preuve la présence de biens volés dans la maison pour le motif que cette preuve se rapportait à la thèse du ministère public quant aux raisons qu'avait l'accusée de tuer la victime. Il a également statué que le ministère public devrait être autorisé à contre-interroger l'accusée sur ses relations sexuelles avec M, l'un des garçons. Le seul témoin de la défense était l'accusée. À la clôture de la

given several statements to the police, she had not been called as part of the Crown's case. Her prior statements simply indicated that she had been in the basement of the house at the relevant times, and that she had heard loud music and people talking. This story had changed when she eventually came forward just before the addresses to the jury were to commence. The trial judge granted the Crown's application to reopen its case, and gave the defence permission to recall other Crown witnesses for cross-examination, as well as to reopen the case for the defence. The accused was convicted of second degree murder. The Court of Appeal upheld the conviction.

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial directed.

(1) *Reopening of Crown's Case*

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The decision of a trial judge to allow the Crown to reopen its case at any time prior to a verdict is discretionary, and as a result will generally be accorded deference. That discretion must be exercised judicially, however, and in the interests of justice. The crucial question to be resolved is whether the accused will be prejudiced in his or her defence. The ambit of a trial judge's discretion to allow the Crown to reopen its case becomes narrower as the trial proceeds because of the increasing likelihood of prejudice to the accused's defence. In the third stage of the trial, where the defence has already begun to answer the Crown's case, the discretion is extremely narrow, and is far less likely to be exercised in favour of the Crown. Reopening at this stage should only be permitted in those very exceptional cases that are closely analogous to the two examples given in *P. (M.B.)*: where the conduct of the defence directly or indirectly contributed to the Crown's failure to lead the particular evidence before the close of its case, and where the Crown made an omission or mistake on a non-controversial issue that was purely formal or technical, and had nothing to do with the substance of the case. Beyond these examples, it will be extremely difficult for the Crown to succeed in an application to reopen the case once the accused has begun to answer the Crown's case.

preuve de la défense, un autre témoin, G, a offert de témoigner. Quoique G eût déjà fait plusieurs déclarations à la police, elle n'avait pas été citée dans le cadre de la preuve du ministère public. Dans ses déclarations antérieures, elle avait simplement indiqué qu'elle était dans le sous-sol de la maison pendant les périodes pertinentes et qu'elle avait entendu de la musique forte et des conversations. Elle a modifié cette version des faits lorsqu'elle a finalement offert de témoigner juste avant que les avocats ne présentent leur plaidoyer final au jury. Le juge du procès a fait droit à la demande de réouverture de la preuve présentée par le ministère public, et a autorisé la défense à rappeler à la barre d'autres témoins à charge pour les contre-interroger, ainsi qu'à rouvrir sa preuve. L'accusée a été reconnue coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a maintenu la déclaration de culpabilité.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

(1) *La réouverture de la preuve du ministère public*

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: La décision du juge du procès de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve n'importe quand avant le prononcé d'un verdict est une décision discrétionnaire, et, partant, un tribunal d'appel fera généralement preuve de retenue à son égard. Ce pouvoir doit être exercé judiciairement, toutefois, et dans l'intérêt de la justice. La question fondamentale à laquelle il faut répondre est de savoir si l'accusé sera lésé dans sa défense. L'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'autoriser le ministère public à rouvrir sa preuve diminue à mesure que le procès avance parce qu'il y a plus de chances pour que la défense soit lésée. À la troisième étape du procès, c'est-à-dire lorsque la défense a déjà commencé à répondre à la preuve du ministère public, ce pouvoir est extrêmement limité et est beaucoup moins susceptible d'être exercé en faveur du ministère public. Une réouverture à ce stade ne devrait être autorisée que dans les circonstances tout à fait exceptionnelles qui ressemblent beaucoup aux deux exemples donnés dans l'arrêt *P. (M.B.)*: lorsque la conduite de la défense a directement ou indirectement contribué à l'omission du ministère public de présenter les éléments de preuve en question avant la clôture de sa preuve, et lorsque l'omission ou l'erreur du ministère public portait sur un point non controversé de pure forme et n'avait rien à voir avec le fond de l'affaire. En dehors de ces deux exemples, le ministère public aura beaucoup de difficulté à obtenir la réouverture de sa preuve après que l'accusé a commencé à y répondre.

One of the primary concerns that arises from permitting the Crown to reopen during the third phase of the trial is that the right of accused persons not to be conscripted against themselves will be compromised. The Crown must not be allowed to change the case it has presented once the accused has begun to answer the Crown's case. Furthermore, the Crown should not be permitted to gain the unfair advantage which will inevitably arise from "splitting its case". The fact that the Crown is not at fault in failing to adduce the evidence as part of its case makes no difference to the right of the accused to know the case that must be met before responding. At the third stage of the trial, the opportunity to recall Crown witnesses and to reopen the case for the defence can never completely cure the resulting harm to the defence.

Here, it is apparent that the splitting of the Crown's case prejudiced the accused in a number of respects. G's testimony corroborated R's evidence on a number of issues, thereby filling an important gap in the Crown's case. In particular, it was the only other evidence that tended to suggest that the accused might have been present in the house while the victim was still alive. Furthermore, the mere fact that the accused felt the need to take the stand again to answer some of these points was inherently prejudicial, since it gave the Crown a second chance to attack her credibility in cross-examination. In any event, since G's evidence did not fall into the narrow or comparable exceptions identified in *P. (M.B.)*, prejudice to her defence should be presumed. If any onus rested on her to demonstrate prejudice, she discharged that onus when her counsel argued at trial that he would have conducted the defence differently if G's evidence had been received as part of the Crown's case. In these circumstances, it was not in the interests of justice to allow the Crown's case to be reopened to call G. The only appropriate course of action would have been for the Crown to move for a stay of the proceedings and seek a new trial.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): The decision to receive evidence presented late in the trial through no fault of the Crown is within the trial judge's discretion. An appeal court should not interfere with that discretion unless it appears that an injustice has resulted. Since the issue is essentially a factual inquiry into the impact of the late evidence in a particular case, it is impossible to develop rules based on the

L'une des principales craintes que suscite le fait de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve pendant la troisième étape du procès est l'atteinte au droit de l'accusé de ne pas être mobilisé contre lui-même. Le ministère public ne doit pas être autorisé à modifier la preuve qu'il a produite après que l'accusé a commencé à y répondre. En outre, le ministère public ne devrait pas être autorisé à bénéficier de l'avantage injuste qui résultera forcément du fait que «sa preuve soit scindée». Le fait que le ministère public n'est pas responsable de l'omission de produire les éléments de preuve dans le cadre de sa preuve ne change rien au droit de l'accusé de connaître la preuve avant d'avoir à y répondre. À la troisième étape du procès, la possibilité de citer à nouveau des témoins à charge et de rouvrir la preuve de la défense ne peut jamais réparer complètement le préjudice causé à la défense.

En l'espèce, il est évident que le fait d'avoir scindé la preuve du ministère public a lésé l'accusée sous beaucoup de rapports. Le témoignage de G a corroboré celui de R sur plusieurs points, comblant ainsi une lacune importante dans la preuve du ministère public. Il s'agissait notamment du seul autre témoignage qui tendait à laisser croire que l'accusée aurait pu se trouver dans la maison pendant que la victime était encore en vie. Par ailleurs, le simple fait que l'accusée a estimé nécessaire de témoigner à nouveau pour répondre à quelques-uns de ces points était préjudiciable en soi, puisque cela donnait de nouveau au ministère public la possibilité d'attaquer sa crédibilité en contre-interrogatoire. De toute façon, comme le témoignage de G n'entraînait pas dans les exceptions limitées ou comparables mentionnées dans l'arrêt *P. (M.B.)*, il y a lieu de présumer qu'un préjudice a été causé à la défense de l'accusée. S'il lui incombait de démontrer l'existence d'un préjudice, elle s'est acquittée de ce fardeau lorsque son avocat a soutenu au procès qu'il aurait conduit la défense autrement si G avait témoigné dans le cadre de la preuve du ministère public. Dans les circonstances de l'espèce, il n'était pas dans l'intérêt de la justice de permettre la réouverture de la preuve du ministère public pour faire entendre le témoignage de G. La seule solution appropriée aurait été que le ministère public demande l'arrêt des procédures et la tenue d'un nouveau procès.

Les juge L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes): La décision de recevoir une preuve qui a été présentée vers la fin du procès sans qu'il y ait eu faute de la part du ministère public relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Une cour d'appel ne devrait pas s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, sauf s'il semble qu'il en ait résulté une injustice. Puisqu'il est fondamentalement question de procéder à une

stage at which the late evidence is tendered. While it may be suggested that the later the new evidence appears, the more difficult it may be to gain its admission, this is a predictive statement, not a rule of law. The accused is obliged to prove prejudice to his or her right to make full answer and defence. The inquiry before the trial judge is founded in the facts and circumstances of the particular case and there is no presumption or automatic inference of prejudice. "Prejudice", for the purposes of this inquiry, is used in the legal, procedural sense. The question is not whether the evidence may tend to convict the accused, but whether it is likely to convict him unjustly.

In this case the trial judge made no error in exercising his discretion in favour of receiving the late evidence. The Court of Appeal was correct in concluding that admission of the late evidence did not deprive the accused of a fair trial and did not violate her right to make full answer and defence. While G's evidence was significant, it did not change the Crown's case, nor did it change the defence case. Any appearance of increased importance that may flow from late evidence can be eliminated by a specific instruction from the trial judge. Moreover, the accused had sufficient time to prepare for the cross-examination of G. The fact that she might have cross-examined the other witnesses differently does not necessarily mean that she suffered prejudice. The accused was free to recall the other Crown witnesses to question them about matters arising out of the late evidence, and was also free to call new witnesses, which she did.

(2) *Character Evidence*

Per Lamer C.J. and Cory and Iacobucci JJ.: Evidence of bad character of the accused can be adduced where the evidence is relevant to an issue in the case, where the accused puts his or her character in issue, and where the evidence is adduced incidentally to proper cross-examination of the accused on his or her credibility. Here, the evidence was admissible as relevant to significant issues in the case. Once evidence of bad character is adduced because it is relevant to an issue in the case, it can properly be used in assessing the general credibility of the accused. Testimony as to bad character will not be the only evidence that is relevant to credibility, but will simply be one factor among many that will lead

enquête factuelle sur l'effet de la production d'une preuve tardive dans une affaire particulière, il est impossible d'élaborer des règles fondées sur l'étape à laquelle la preuve est soumise. Quoiqu'on puisse dire que plus l'élément de preuve nouveau apparaît tardivement, plus il peut se révéler difficile de le faire admettre, il s'agit d'une affirmation qui tient de la prédiction, et non d'une règle de droit. L'accusée est obligée de prouver qu'elle est lésée dans son droit à une défense pleine et entière. L'examen qui se déroule devant le juge du procès est fondé sur les faits et les circonstances de l'espèce, et il n'existe aucune présomption ni aucune déduction automatique de préjudice. Pour les fins de cet examen, le terme «préjudice» est employé au sens procédural et juridique. La question n'est pas de savoir si la preuve peut tendre à faire reconnaître l'accusé coupable, mais de savoir si elle est susceptible de donner lieu à une déclaration de culpabilité injustifiée.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour admettre le témoignage tardif. La Cour d'appel a conclu à bon droit que l'admission de ce témoignage tardif ne privait pas l'accusée d'un procès équitable et ne portait pas atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Le témoignage de G était important, mais il n'a modifié ni la preuve du ministère public ni celle de la défense. Une directive précise du juge du procès peut éliminer toute apparence de renforcement qui peut résulter d'un élément de preuve tardif. De plus, l'accusée a eu suffisamment de temps pour se préparer en vue du contre-interrogatoire de G. Le fait qu'elle aurait peut-être contre-interrogé les autres témoins différemment ne veut pas forcément dire qu'elle a subi un préjudice. L'accusée était libre de rappeler à la barre les autres témoins à charge pour leur poser des questions sur des points découlant du témoignage tardif, et était également libre de citer de nouveaux témoins, ce qu'elle a fait.

(2) *La preuve de moralité*

Le juge en chef Lamer et les juges Cory et Iacobucci: Une preuve de mauvaise moralité de l'accusé peut être produite lorsque la preuve se rapporte à une question en litige, lorsque l'accusé met sa moralité en cause et lorsque la preuve est produite incidemment dans le cours du contre-interrogatoire régulier de l'accusé sur sa crédibilité. La preuve de mauvaise moralité dans le présent pourvoi était admissible parce qu'elle se rapportait à d'importantes questions en litige en l'espèce. Lorsqu'une preuve de mauvaise moralité a été produite parce qu'elle se rapporte à une question en litige dans l'affaire, elle peut légitimement être utilisée pour évaluer la crédibilité générale de l'accusé. Un témoignage portant

the trier of fact to form an impression as to the truthfulness of the accused. Provided an appropriate direction is given, it does not materially increase the risk that the accused will be convicted on the basis of her disposition, rather than for committing the acts that are the subject of the charge. Here, the evidence of the accused's sexual relationship with M was relevant to an important issue in the case, namely the ability of the accused to exercise such exceptional control over the boys that she could persuade them to assault and kill another boy. It was therefore properly admissible, subject to a determination that its probative value outweighed its prejudicial effect. The trial judge was also correct in finding that the evidence of the presence of stolen property in the house prior to the killing was properly admissible.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): The reasons of Cory J. on the issue of character evidence were agreed with. There is no reason to intervene in the trial judge's discretionary finding on the admissibility of this evidence.

Per Sopinka and Major JJ.: It is well established that an accused who has not put his or her character in issue cannot be cross-examined with respect to discreditable misconduct which is not charged in the indictment unless the evidence is otherwise relevant to an issue. The rationale for this exclusionary rule is not that the evidence is logically irrelevant but that its probative value is exceeded by its prejudicial effect. The policy is that an accused should be tried on the basis of evidence presented relating to the transaction charged and not on the basis of disposition to commit the crime. This policy applies equally whether the evidence is introduced through Crown witnesses or by cross-examination of the accused, and applies notwithstanding that the purpose of the cross-examination is limited to attacking the credibility of the accused. The policy also applies to prevent the use of such evidence for the purpose of impugning credibility, since it is highly questionable that as a general rule a logical relationship exists between misconduct and veracity. Section 12 of the *Canada Evidence Act*, which permits a witness, including an accused, to be cross-examined on previous convictions, is a legislated exception to the policy. In view of the strong policy against the use of character evidence to impugn credibility, the policy should not be discarded when evidence of bad character is admitted not because it is

sur la mauvaise moralité ne sera pas le seul élément de preuve qui se rapporte à la crédibilité, mais sera simplement un facteur parmi d'autres qui amènera le juge des faits à se faire une idée sur la sincérité de l'accusé. Pourvu qu'une directive appropriée soit donnée, ce témoignage n'accroît pas sensiblement le risque que l'accusé soit déclaré coupable en raison de sa propension, plutôt que parce qu'il a commis les actes qui lui sont reprochés. En l'espèce, la preuve des relations sexuelles que l'accusée a eues avec M était pertinente quant à une importante question en litige dans l'affaire, c'est-à-dire la capacité de l'accusée d'avoir une emprise si exceptionnelle sur les garçons qu'elle pouvait les convaincre d'agresser et de tuer un autre garçon. Cette preuve était donc admissible à bon droit, à condition qu'il soit établi que sa valeur probante l'emportait sur son effet préjudiciable. Le juge du procès a également eu raison de conclure que la preuve de la présence de biens volés dans la maison avant la perpétration du crime était légitimement admissible.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes): L'opinion du juge Cory sur la question de la preuve de moralité est acceptée. Il n'y a pas lieu de modifier la conclusion tirée par le juge du procès dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire quant à l'admissibilité de cette preuve.

Les juges Sopinka et Major: Il est bien établi qu'un accusé qui n'a pas mis sa moralité en cause ne peut être contre-interrogé sur une conduite déshonorante qui n'est pas mentionnée dans l'acte d'accusation que si ce témoignage se rapporte par ailleurs à une question en litige. La raison de cette règle d'exclusion ne réside pas dans le fait que cette preuve est logiquement dénuée de pertinence, mais dans le fait que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Le principe veut qu'un accusé soit jugé en fonction de la preuve qui a été produite relativement à l'infraction reprochée et non en fonction de sa propension à commettre le crime. Ce principe s'applique pareillement, que la preuve soit présentée par des témoins à charge ou au cours du contre-interrogatoire de l'accusé, et s'applique même si le contre-interrogatoire a pour seul but d'attaquer la crédibilité de l'accusé. Ce principe s'applique également pour empêcher l'utilisation d'une telle preuve dans le but d'attaquer la crédibilité, étant donné qu'il est très douteux qu'il existe, en règle générale, un lien logique entre une inconduite et la véracité. L'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, qui permet de contre-interroger un témoin, y compris un accusé, sur des déclarations de culpabilité antérieures, est une exception législative à ce principe. Compte tenu du solide principe interdisant l'utilisation d'une preuve de moralité pour attaquer la

shown to be relevant to credibility, but because the evidence is relevant to another issue. If the evidence is admitted to show the falsity of testimony given by the accused, it will be relevant to credibility generally. However, if the only effect of the evidence is that it tends to show a disposition to be untruthful, then there is no reason that the policy against the use of such evidence should not apply. If the evidence is admitted for another purpose, its use should be restricted to that purpose. Here the previous sexual activity with M was admitted as tending to show why he would be subject to the accused's direction and control, and the evidence as to stolen property as tending to explain the motive for reprisals against the victim. The use of these pieces of evidence should have been limited to the purposes for which they were admitted.

Cases Cited

By Cory J.

Applied: *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; **referred to:** *R. v. Thatcher* (1986), 24 C.C.C. (3d) 449, aff'd [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728; *R. v. F.S.M.* (1996), 93 O.A.C. 201; *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466; *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761; *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193, leave to appeal granted on other grounds (1981), 56 C.C.C. (2d) 576 (S.C.C.); *Lucas v. The Queen*, [1963] 1 C.C.C. 1; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

By Sopinka J.

Not followed: *R. v. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557; **referred to:** *R. v. Rowton* (1865), 10 Cox C.C. 25; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Maxwell v. Director of Public Prosecutions* (1934), 24 Cr. App. R. 152; *R. v. Davison* (1974), 6 O.R. (2d) 103;

crédibilité, ce principe ne devrait pas être écarté lorsqu'une preuve de mauvaise moralité est admise, non pas parce qu'il est démontré que cette preuve se rapporte à la crédibilité, mais parce qu'elle se rapporte à une autre question. Si cette preuve est admise pour prouver la fausseté du témoignage de l'accusé, elle sera pertinente quant à la crédibilité en général. Toutefois, si le seul effet de la preuve est qu'elle tend à démontrer une propension au mensonge, alors il n'y a pas de raison pour que le principe interdisant l'utilisation de cette preuve ne s'applique pas. Si la preuve est admise dans un autre but, son utilisation devrait être limitée au but pour lequel elle a été admise. En l'espèce, l'inconduite sexuelle antérieure de l'accusée avec M a été admise en preuve parce qu'elle tendait à démontrer pourquoi l'accusée aurait eu une emprise sur celui-ci, et la preuve relative aux biens volés tendait à expliquer la raison des représailles exercées contre la victime. L'utilisation de ces éléments de preuve aurait dû être limitée aux fins pour lesquelles ils ont été admis.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; **arrêts mentionnés:** *R. c. Thatcher* (1986), 24 C.C.C. (3d) 449, conf. par [1987] 1 R.C.S. 652; *R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728; *R. c. F.S.M.* (1996), 93 O.A.C. 201; *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466; *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761; *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193, autorisation de pourvoi accordée pour d'autres motifs (1981), 56 C.C.C. (2d) 576 (C.S.C.); *Lucas c. The Queen*, [1963] 1 C.C.C. 1; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt non suivi: *R. c. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557; **arrêts mentionnés:** *R. c. Rowton* (1865), 10 Cox C.C. 25; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *Makin c. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57; *Maxwell c. Director of Public Prosecutions* (1934), 24 Cr. App. R. 152; *R. c. Davison* (1974), 6

R. v. Corbett, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111; *Boykowych v. Boykowych*, [1955] S.C.R. 151.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Kishen Singh (1941), 76 C.C.C. 248; *R. v. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168; *R. v. McKenna* (1956), 40 Cr. App. R. 65; *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728; *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 12.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d), 24(2).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 579, 686(1)(b)(iii).

Authors Cited

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 45 B.C.A.C. 161, 72 W.A.C. 161, 90 C.C.C. (3d) 97, and (1995), 62 B.C.A.C. 79, 103 W.A.C. 79, 99 C.C.C. (3d) 575, dismissing the accused's appeal from her conviction of second degree murder. Appeal allowed and new trial directed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

Ian Donaldson and Tanya Chamberlain, for the appellant.

Alexander Budlovsky, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

O.R. (2d) 103; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111; *Boykowych c. Boykowych*, [1955] R.C.S. 151.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Kishen Singh (1941), 76 C.C.C. 248; *R. c. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168; *R. c. McKenna* (1956), 40 Cr. App. R. 65; *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728; *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d), 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 579, 686(1)(b)(iii).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 12.

Doctrine citée

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 45 B.C.A.C. 161, 72 W.A.C. 161, 90 C.C.C. (3d) 97, et (1995), 62 B.C.A.C. 79, 103 W.A.C. 79, 99 C.C.C. (3d) 575, qui a rejeté l'appel de l'accusée contre la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre elle. Pourvoi accueilli et tenue d'un nouveau procès ordonnée, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

Ian Donaldson et Tanya Chamberlain, pour l'appelante.

Alexander Budlovsky, pour l'intimée.

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

LE JUGE CORY — La principale question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en autorisant le ministère public à rouvrir sa preuve pour faire entendre un nouveau témoin après la

¹ CORY J. — The primary issue in this appeal is whether the trial judge erred in allowing the Crown to reopen its case to call a new witness after the case for the defence was closed. It is also necessary to determine whether the trial judge improp-

erly admitted evidence which indicated the bad character of the accused.

I. Background

On July 6, 1990, J.B., a young adolescent boy, was brutally beaten and then murdered. His naked body was found the following day wrapped in a pink blanket and a sheet. Several cords and two plastic bags were around his neck, and he was gagged with a bandanna. It was not disputed that the killing was carried out by three other adolescent boys, J.G., B.R. and H.M. The Crown's theory was that J.G.'s mother, the accused S.G.G., had incited the boys to assault and kill J.B. because she thought he had "ratted" to the police about either her drug activities, or the illegal activities of the boys. S.G.G. was convicted of second degree murder after a trial by judge and jury.

Her appeal from the conviction was unanimously dismissed by the Court of Appeal: (1994), 45 B.C.A.C. 161, 72 W.A.C. 161, 90 C.C.C. (3d) 97, and (1995), 62 B.C.A.C. 79, 103 W.A.C. 79, 99 C.C.C. (3d) 575. In order to resolve this appeal, it is necessary to review the manner in which the evidence was adduced at trial.

A. *The Crown's Case Before Reopening*

The Crown called a number of witnesses. Yet the only testimony directly implicating S.G.G. in the killing was that of B.R., one of the boys who had carried out the assault and killing. There were serious problems with the testimony of B.R. He had an extensive criminal record; he admitted to a number of other criminal activities for which he had not been caught; he lied to the police on a number of occasions throughout the investigation of J.B.'s death; he was not completely truthful about his character on the witness stand; and he had been given immunity from prosecution for

clôture de la preuve de la défense. Il est également nécessaire de déterminer si le juge du procès a eu tort d'admettre une preuve démontrant la mauvaise moralité de l'accusée.

I. Contexte

Le 6 juillet 1990, un jeune adolescent, J.B., a été sauvagement battu, puis tué. Son corps nu a été trouvé le lendemain enveloppé dans une couverture rose et un drap. Plusieurs cordons électriques et deux sacs de plastique étaient enroulés autour de son cou, et il avait été bâillonné avec un foulard. Nul n'a contesté que les auteurs du crime sont trois autres adolescents, J.G., B.R. et H.M. Selon la thèse du ministère public, c'est la mère de J.G., l'accusée S.G.G., qui a incité les garçons à agresser et tuer J.B. parce qu'elle croyait qu'il avait [TRADUCTION] «mouchardé» à la police au sujet de ses activités liées à la drogue ou des activités illégales des garçons. S.G.G. a été reconnue coupable de meurtre au deuxième degré au terme d'un procès devant juge et jury.

La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusée: (1994), 45 B.C.A.C. 161, 72 W.A.C. 161, 90 C.C.C. (3d) 97, et (1995), 62 B.C.A.C. 79, 103 W.A.C. 79, 99 C.C.C. (3d) 575. Pour trancher le présent pourvoi, il est nécessaire d'examiner la façon dont la preuve a été produite au procès.

A. *La preuve du ministère public avant la réouverture*

Le ministère public a fait entendre plusieurs témoins. Néanmoins, le seul témoignage qui impliquait directement S.G.G. dans le meurtre est celui de B.R., l'un des garçons qui ont agressé et tué la victime. Le témoignage de B.R. a posé de graves problèmes. Celui-ci avait un lourd casier judiciaire; il a reconnu avoir pris part à plusieurs autres activités criminelles pour lesquelles il n'a jamais été pris; il a menti aux policiers à plusieurs reprises pendant l'enquête sur la mort de J.B.; il n'a pas dit toute la vérité sur sa moralité lorsqu'il a témoigné; et il a obtenu l'immunité contre une poursuite rela-

J.B.'s murder, as well as another property offence, in exchange for his testimony at S.G.G.'s trial.

⁵ B.R. testified that S.G.G. had been at home at least from 9:30 p.m. on the evening of the murder, although he conceded that he did not have a watch. He stated that she instructed the boys to beat J.B. because he had "ratted on a deal". She told them to remove J.B.'s clothes, and to punch him. She participated in some of the punching, and helped the boys remove his clothes. At one point, the victim was prevented by S.G.G. from leaving the house. Although the beating was largely carried out by the boys, S.G.G. hit him with a baseball bat, and poked him in the chest with a pipe.

⁶ After the boys punched and kicked J.B. for some time, S.G.G. said "We've gone too far, we have to kill him". B.R. stated that J.G. and H.M. placed a plastic bag over J.B.'s head. J.G. and B.R. suffocated him by pulling electric cords around his neck. The cords were taken from a clock radio and a lamp. S.G.G. then gave the boys a pink blanket and a sheet in which to wrap the body, and they carried it out to the backyard. In the meantime, S.G.G. instructed H.M. to steal a van, sent her son J.G. to his girlfriend's house, and told B.R. and H.M. to dump the body. B.R. and H.M. did so. S.G.G. paid the boys twenty dollars each, saying that a gang wanted J.B. dead. On the following day, S.G.G. told B.R. to buy paint, and one room in which the deceased had been assaulted was painted. B.R. helped S.G.G. clean blood from various locations in the house. B.R. stated that he threw away his shoes in a sewer, and that H.M. left his shoes at a beach.

⁷ The other witnesses called by the Crown tended to confirm details such as the theft of the van, the presence of the body in the van, the fact that the killing had taken place in S.G.G.'s house and that the pink blanket and sheet in which the body was wrapped came from S.G.G.'s house. One witness

tivement au meurtre de J.B., ainsi qu'à une autre infraction contre les biens, en échange de son témoignage au procès de S.G.G.

B.R. a déclaré dans son témoignage que S.G.G. était à la maison depuis au moins 21 h 30 le soir du meurtre, encore qu'il ait reconnu qu'il n'avait pas de montre. Il a déclaré qu'elle avait chargé les garçons de corriger J.B. parce qu'il avait [TRADUCTION] «mouchardé au sujet d'une transaction». Elle leur a dit de dévêtir J.B. et de lui donner une raclée. Elle lui a donné quelques coups de poing elle-même et a aidé les garçons à le dévêtir. À un moment donné, elle a empêché la victime de sortir de la maison. Bien que la plupart des coups aient été donnés par les garçons, S.G.G. a frappé la victime avec un bâton de baseball et lui a donné des coups dans la poitrine avec le bout d'un tuyau.

Les garçons ont donné des coups de poing et des coups de pied à J.B. pendant un certain temps, puis S.G.G. leur a dit [TRADUCTION] «Nous sommes allés trop loin, il faut le tuer». B.R. a déclaré que J.G. et H.M. lui ont mis un sac de plastique sur la tête. J.G. et B.R. l'ont étranglé avec les cordons électriques d'un radio-réveil et d'une lampe. S.G.G. a ensuite donné aux garçons une couverture rose et un drap dans lesquels ils ont enveloppé le corps, qu'ils ont transporté dans l'arrière-cour. Dans l'intervalle, S.G.G. a chargé H.M. de voler une fourgonnette, a envoyé son fils, J.G., chez sa petite amie et a dit à B.R. et H.M. de se débarrasser du corps, ce qu'ils ont fait. S.G.G. a donné vingt dollars à chacun des garçons et leur a dit qu'une bande voulait la mort de J.B. Le lendemain, S.G.G. a demandé à B.R. d'aller acheter de la peinture, et une pièce dans laquelle la victime a été agressée a été repeinte. B.R. a aidé S.G.G. à nettoyer les taches de sang à différents endroits dans la maison. B.R. a déclaré qu'il a jeté ses chaussures dans un égout et que H.M. a laissé les siennes sur une plage.

Les autres témoins cités par le ministère public ont généralement confirmé des détails comme le vol de la fourgonnette, la présence du corps dans la fourgonnette, le fait que le crime a été commis dans la maison de S.G.G. et que la couverture rose et le drap dans lesquels le corps de la victime a été

gave evidence that S.G.G. had been out with him on that evening and had not come home until after 11:00 pm. However, forensic evidence indicated that the death could have taken place after this time. Wounds on the body were consistent with being struck by a baseball bat, and a round object such as pipe. The police observed that one room in S.G.G.'s house appeared to have been freshly painted. Witnesses also testified that the deceased had a very short haircut, with the words "Who am I?" shaved on the back of his head. There was no dispute that S.G.G. had given J.B. this haircut some days before he died. Crown witnesses, including B.R., testified to the presence of stolen property in the house prior to the killing.

Only T.H., another adolescent boy who had frequented S.G.G.'s house, confirmed B.R.'s testimony that S.G.G. thought J.B. was a "rat". He also testified that S.G.G. had tried to persuade him to beat up J.B. He could not confirm that she had been present during the killing. T.H., like B.R., was hardly an ideal witness. He too had been involved in criminal activities; he had lied to the police during their investigations and at the preliminary inquiry; and he admitted that he did not like the accused.

B. *Case for the Defence Before Reopening*

The only defence witness was the accused. She testified as to her involvement in prostitution, her alcoholism, and her drug use. She confirmed that she knew that J.G., B.R., H.M. and other boys were actively involved in illegal activities such as car theft and burglary. She also knew that the boys rarely attended school, and indicated that although she did not like their activities, she was not able to prevent them. She stated that only one baseball bat was in the house, and that it was kept in the basement suite occupied by Tracy Gabriel and her children.

S.G.G. stated that on the night of the murder she returned home after 11:00 pm. to find that J.B. had

enveloppé provenaient de la maison de S.G.G. Un témoin a déclaré que S.G.G. était sortie avec lui ce soir-là et n'était pas rentrée chez elle avant 23 h. Toutefois, l'expertise médico-légale a révélé que la mort aurait pu survenir après cette heure. Des blessures sur le corps ressemblaient à celles infligées au moyen d'un bâton de baseball et d'un objet rond comme un tuyau. Les policiers ont remarqué qu'une pièce de la maison de S.G.G. paraissait avoir été peinte récemment. Des témoins ont également affirmé que la victime portait les cheveux très courts et avait une inscription faite au rasoir disant «Who am I?» ([TRADUCTION] «Qui suis-je?») à l'arrière de la tête. Personne n'a contesté que S.G.G. a fait cette coupe de cheveux à J.B. quelques jours avant qu'il ne meure. Des témoins à charge, dont B.R., ont attesté qu'il y avait des biens volés dans la maison avant le meurtre.

Seul T.H., un autre adolescent qui fréquentait la maison de S.G.G., a confirmé le témoignage de B.R. selon lequel S.G.G. croyait que J.B. était un [TRADUCTION] «mouchard». Il a également déclaré que S.G.G. avait tenté de le convaincre de tabasser J.B. Il n'a pu confirmer que S.G.G. était présente au moment du meurtre. Comme B.R., T.H. n'était pas précisément un témoin idéal. Il avait également été mêlé à des activités criminelles; il a menti aux policiers pendant leurs enquêtes et à l'enquête préliminaire, et il a admis qu'il n'aimait pas l'accusée.

B. *La preuve de la défense avant la réouverture*

Le seul témoin de la défense était l'accusée. Celle-ci a attesté qu'elle se prostituait, était alcoolique et consommait des drogues. Elle a confirmé qu'elle savait que J.G., B.R., H.M. et d'autres garçons étaient activement mêlés à des activités illégales comme le vol de voitures et le cambriolage. Elle savait en outre que les garçons allaient rarement à l'école et a indiqué que, même si elle n'aimait pas ce qu'ils faisaient, elle était incapable de les empêcher d'agir. Elle a déclaré qu'il n'y avait qu'un seul bâton de baseball dans la maison et qu'il était rangé dans l'appartement au sous-sol qu'occupaient Tracy Gabriel et ses enfants.

S.G.G. a déclaré que le soir du meurtre elle est rentrée chez elle après 23 h et a constaté que J.B.

8

9

10

been beaten and was already dead. She yelled at the boys, asking them what had happened. She stated that the deceased was fully dressed, and that there was nothing around his neck or on his head. She admitted that she instructed H.M. to steal a vehicle to take the deceased “home or wherever”, and that she told her son to go to his girlfriend’s house. B.R. helped her clean up the next day, but S.G.G. denied that she sent him to buy paint, or that a room in her house was repainted after the killing. She also denied that she thought J.B. was a “rat”. She testified that she had participated in disposing of the body and covering up the killing in order to protect her son. She explained that this was also the reason why she lied to the police on a number of occasions during the investigation.

- 11 In cross-examination, S.G.G. admitted that she allowed the boys to use drugs and alcohol, and to have sexual relationships in the house. She also admitted that there had been stolen property in the house for a time prior to the murder. She stated that on the morning after the killing, she told Tracy Gabriel what the boys had done. She also admitted that she had been carrying on a sexual relationship with H.M., one of the boys who participated in the killing.

C. Evidence Adduced After Re-Opening

- 12 At the end of the defence’s case, Tracy Gabriel came forward. Although she had previously given several statements to the police, she had not been called as part of the Crown’s case. Her prior statements simply indicated that she had been in the basement of the house at the relevant times, and that she had heard loud music and people talking. This story had changed when she eventually came forward just before the addresses to the jury were to commence. The trial judge granted the Crown’s application to reopen its case, and gave the defence permission to recall other Crown witnesses for cross-examination, as well as to reopen the case for the defence.

avait été roué de coups et était déjà mort. Elle a appelé les garçons et leur a demandé ce qui s’était passé. Elle a déclaré que la victime était habillée et qu’il n’y avait aucun objet autour de son cou ou sur sa tête. Elle a reconnu avoir chargé H.M. de voler un véhicule pour ramener le mort [TRADUCTION] «chez lui ou n’importe où», et avoir dit à son fils d’aller chez sa petite amie. B.R. l’a aidée à nettoyer les lieux le lendemain, mais S.G.G. a nié qu’elle l’a envoyé acheter de la peinture ou qu’une pièce de sa maison a été repeinte après le crime. Elle a également nié avoir pensé que J.B. était un «mouchard». Elle a déclaré qu’elle avait participé à l’enlèvement du corps et à la dissimulation du meurtre afin de protéger son fils. Elle a expliqué que c’est aussi la raison pour laquelle elle a menti à la police à plusieurs reprises pendant l’enquête.

En contre-interrogatoire, S.G.G. a reconnu qu’elle autorisait les garçons à consommer des drogues et de l’alcool et à avoir des relations sexuelles dans la maison. Elle a également reconnu que des biens volés s’étaient trouvés chez elle pendant un certain temps avant le meurtre. Elle a déclaré que le matin après le meurtre elle a raconté à Tracy Gabriel ce que les garçons avaient fait. Elle a également reconnu qu’elle avait eu des relations sexuelles avec H.M., l’un des garçons qui ont participé au meurtre.

C. La preuve produite après la réouverture

À la clôture de la preuve de la défense, Tracy Gabriel a offert de témoigner. Quoiqu’elle eût déjà fait plusieurs déclarations à la police, elle n’avait pas été citée dans le cadre de la preuve du ministère public. Dans ses déclarations antérieures, elle avait simplement indiqué qu’elle était dans le sous-sol de la maison pendant les périodes pertinentes, et qu’elle avait entendu de la musique forte et des conversations. Elle a modifié cette version des faits lorsqu’elle a finalement offert de témoigner juste avant que les avocats ne présentent leur plaidoyer final au jury. Le juge du procès a fait droit à la demande de réouverture de la preuve présentée par le ministère public, et a autorisé la défense à rappeler à la barre d’autres témoins à charge pour les contre-interroger, ainsi qu’à rouvrir sa preuve.

In her evidence in chief, Gabriel admitted to engaging in prostitution, drinking and drug use. She testified that on one occasion before the killing when the police were in S.G.G.'s house on another matter, an officer used words that suggested that an informant had directed them to the house. Gabriel stated that S.G.G. was present when these words were used, and that she said that she was going to do something about it. S.G.G. apparently believed that the informant was either T.H. or the deceased. On the night of the murder, Gabriel was woken by loud music and voices around 11:00 p.m. or midnight. She heard S.G.G. shouting "Who are you?" several times.

Gabriel said that she only heard about J.B.'s death from the police two days afterwards. She also indicated that several baseball bats and pipes that had been around the house before the killing had disappeared after the killing. She confirmed B.R.'s evidence that he had been sent out to buy paint on the morning after the killing, and that the room had been painted on that day. She stated that S.G.G. ran the household like "an army camp". She also described a trip to Trout Lake the day after the killing, when S.G.G. told B.R., H.M. and J.G. to "lose their shoes" and S.G.G. "lost" her shoes as well. She stated that the cord from her daughter's clock radio was missing on the day after the killing. Gabriel admitted to lying to the police in her original statements. In cross-examination, defence counsel unsuccessfully tried to get her to admit that she had heard about J.B.'s death from S.G.G. on the morning afterward. Gabriel confirmed that she had heard B.R.'s evidence at the preliminary inquiry, and that she had had a falling out with S.G.G. However, she testified that she came forward in order to "see justice done".

The defence recalled one of the police officers who testified that the word "informant" had not been used in the accused's presence. The case for the defence was also reopened. S.G.G.'s sister, S.W., testified that S.G.G. had told Gabriel about

Dans son interrogatoire principal, Gabriel a reconnu qu'elle se prostituait, qu'elle buvait et qu'elle consommait des drogues. Elle a déclaré qu'à une occasion avant le meurtre, un des policiers qui s'étaient rendus chez S.G.G. pour autre chose a employé des mots qui laissaient supposer qu'un indicateur les avait orientés vers la maison. Selon Gabriel, S.G.G. était présente lorsque ces mots ont été prononcés et a dit qu'elle allait faire quelque chose à ce sujet. S.G.G. croyait apparemment que l'indicateur était T.H. ou la victime. Le soir du meurtre, Gabriel a été réveillée par de la musique forte et des voix vers 23 h ou minuit. Elle a entendu S.G.G. crier [TRADUCTION] «Qui es-tu?» à plusieurs reprises.

Gabriel a déclaré que ce sont les policiers qui lui ont appris la mort de J.B. deux jours plus tard. Elle a en outre déclaré que plusieurs bâtons de baseball et tuyaux qui traînaient dans la maison avant que la victime ne soit tuée avaient disparu après le meurtre. Elle a confirmé ce que B.R. a dit à propos du fait qu'on l'avait envoyé acheter de la peinture le matin après le meurtre, et que la pièce avait été repeinte ce jour-là. Elle a déclaré que S.G.G. tenait la maison comme un [TRADUCTION] «camp militaire». Elle a également décrit une excursion au lac Trout le lendemain du meurtre au cours de laquelle S.G.G. a dit à B.R., H.M. et J.G. d'[TRADUCTION] «égérer leurs chaussures» et que S.G.G. a aussi «égéré» les siennes. Elle a déclaré avoir remarqué la disparition du cordon électrique du radio-réveil de sa fille le lendemain du meurtre. Gabriel a reconnu avoir menti aux policiers dans ses déclarations initiales. En contre-interrogatoire, l'avocat de la défense a vainement tenté de l'amener à reconnaître que S.G.G. lui avait appris la mort de J.B. le lendemain matin. Gabriel a confirmé qu'elle a entendu le témoignage de B.R. à l'enquête préliminaire et qu'elle s'est querellée avec S.G.G. Toutefois, elle a déclaré qu'elle avait offert de témoigner afin que [TRADUCTION] «justice soit faite».

La défense a de nouveau cité comme témoin un des policiers qui ont affirmé que le mot «indicateur» n'a pas été prononcé en présence de l'accusée. La preuve de la défense a également été rouverte. La sœur de S.G.G., S.W., a témoigné que

13

14

15

the killing on the following day and had said that she (S.G.G.) had not participated. S.G.G. also took the stand and was once again examined and cross-examined. She denied much of Gabriel's evidence, particularly that the word "informant" had been used by the police in her presence. She admitted that Gabriel's account of the trip during which the shoes were "lost" was true. Ultimately the jury returned a verdict of guilty.

II. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court*

(1) Reopening the Crown's Case

¹⁶ Despite the objections of defence counsel, Low J. ruled that the Crown would be permitted to reopen its case so that the witness Gabriel could be heard. In Low J.'s view, "any evidence independent of [B.R.] tending to put the accused in her home at the time of the killing, regardless of the time the killing actually occurred, becomes very important to the Crown's case". He acknowledged that Gabriel's evidence was potentially damaging to the accused, and that it confirmed B.R.'s evidence in some respects.

¹⁷ Although Gabriel's name had arisen a number of times during the Crown's case, she had not been called because as far as the Crown knew, her evidence was unlikely to be helpful. Low J. concluded that "she was not cooperative with the police and would not be cooperative with the Crown until she was ready to be". Relying upon the decision in *R. v. Thatcher* (1986), 24 C.C.C. (3d) 449 (Sask. C.A.), aff'd on different grounds [1987] 1 S.C.R. 652, Low J. held that the Crown could reopen its case because he was satisfied that the Crown had not "deliberately overlooked" the possibility that

S.G.G. a informé Gabriel du meurtre le lendemain et a dit qu'elle (S.G.G.) n'y avait pas pris part. S.G.G. a également été convoquée à la barre et a de nouveau été interrogée et contre-interrogée. Elle a nié la majeure partie du témoignage de Gabriel, particulièrement le fait que la police avait prononcé le mot «indicateur» devant elle. Elle a reconnu que la relation par Gabriel de l'excursion au cours de laquelle les chaussures ont été «égarées» était exacte. En fin de compte, le jury a prononcé un verdict de culpabilité.

II. Les juridictions inférieures

A. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

(1) Réouverture de la preuve du ministère public

En dépit des objections de l'avocat de la défense, le juge Low a statué que le ministère public serait autorisé à rouvrir sa preuve afin que le témoignage de Gabriel puisse être entendu. De l'avis du juge Low, [TRADUCTION] «tout témoignage indépendant de celui de [B.R.] tendant à confirmer la présence de l'accusée chez elle au moment du meurtre, quelle que soit l'heure à laquelle le meurtre a véritablement été commis, devient très important pour la preuve du ministère public». Il a reconnu que le témoignage de Gabriel était potentiellement préjudiciable à l'accusée et qu'il confirmait le témoignage de B.R. à certains égards.

Bien que le nom de Gabriel ait été mentionné à plusieurs reprises pendant la preuve du ministère public, celle-ci n'avait pas été citée comme témoin parce que, dans la mesure où le ministère public le savait, son témoignage ne risquait guère d'être utile. Il a conclu qu'[TRADUCTION] «elle n'avait pas collaboré avec la police et ne collaborerait pas avec le ministère public tant qu'elle ne serait pas prête à le faire». Le juge Low s'est fondé sur l'arrêt *R. c. Thatcher* (1986), 24 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Sask.), conf. pour d'autres motifs par [1987] 1 R.C.S. 652, pour statuer que le ministère public pouvait rouvrir sa preuve parce qu'il était convaincu qu'il n'avait pas [TRADUCTION] «délibérément négligé» la possibilité que Gabriel puisse

Gabriel could assist in proving that S.G.G. had been at home at the critical time.

In Low J.'s opinion, leave to reopen the Crown's case is not limited to cases of inadvertence. Gabriel was perceived to know nothing useful, or to be too friendly with the accused to be truthful when she gave her statements to the police. Although it was unfortunate that she did not come forward earlier, her new evidence was "of too much potential importance to be kept from the trier of fact". He ruled that the defence would be allowed to call evidence in reply to Gabriel's testimony.

Low J. then charged the jury, informing them that the evidence of Gabriel was being heard because she had come forward at the last minute, but that he had not made any pre-determination of her credibility or reliability. This task was the responsibility of the jury, as it was for every other witness.

After Gabriel testified, Low J. rejected a further application by defence counsel either for an adjournment to allow the defence to prepare for her cross-examination, or for a mistrial. Low J. indicated that he had not changed his mind about the reopening of the case and a mistrial was not appropriate. In his view, Gabriel's credibility could be adequately challenged by the defence in cross-examination. No adjournment was granted, although some time was given for preparation for cross-examination without adjourning the trial.

(2) Admissibility of Evidence Tending to Show that the Accused Was of Bad Character

Low J. allowed the Crown to lead evidence of the presence of stolen property in the house on the basis that it was relevant to the Crown's theory of S.G.G.'s motives for murdering the victim. Low J. also ruled that the Crown should be permitted to cross-examine the accused on her sexual relation-

aider à prouver que S.G.G. était chez elle au moment fatidique.

Selon le juge Low, l'autorisation de rouvrir la preuve du ministère public ne se limite pas aux cas d'omission par inadvertance. Les policiers qui ont recueilli les déclarations de Gabriel ont considéré qu'elle ne savait rien d'utile ou qu'elle était trop amie avec l'accusée pour dire la vérité. Il était regrettable qu'elle ne se soit pas présentée plus tôt, mais son nouveau témoignage avait [TRADUCTION] «potentiellement bien trop d'importance pour ne pas être entendu par le juge de faits». Il a statué qu'il permettrait à la défense de citer des témoins en réponse au témoignage de Gabriel.

Le juge Low s'est ensuite adressé au jury pour l'informer que le témoignage de Gabriel était entendu parce que celle-ci avait offert de témoigner à la dernière minute, mais qu'il n'avait pas statué au préalable sur sa crédibilité ou sa fiabilité. C'est au jury qu'il appartenait de le faire, comme il lui appartenait de le faire pour chaque autre témoin.

Après l'audition du témoignage de Gabriel, le juge Low a rejeté une autre demande présentée par l'avocat de la défense afin d'obtenir soit un ajournement pour permettre à la défense de se préparer en vue du contre-interrogatoire du témoin, soit l'annulation du procès. Il a mentionné qu'il n'avait pas changé d'idée au sujet de la réouverture de la preuve et qu'il n'était pas opportun de déclarer le procès nul. Selon lui, la défense aurait amplement l'occasion d'attaquer la crédibilité de Gabriel au moment du contre-interrogatoire. Aucun ajournement n'a été accordé, mais le juge Low a donné un peu de temps à la défense pour se préparer en vue du contre-interrogatoire sans ajourner le procès.

(2) Admissibilité de la preuve tendant à démontrer la mauvaise moralité de l'accusée

Le juge Low a permis au ministère public de démontrer par la preuve la présence de biens volés dans la maison pour le motif que cette preuve se rapportait à la thèse du ministère public quant aux raisons qu'avait S.G.G. de tuer la victime. Il a également statué que le ministère public devrait être

18

19

20

21

ship with H.M. In Low J.'s view, this evidence was relevant to the Crown's theory that S.G.G. had control over H.M. and could direct his actions. He concluded that the prejudicial effect of admitting the evidence of this relationship did not outweigh its probative value, particularly in light of the fact that S.G.G. had already admitted to a great deal of reprehensible conduct. Low J. indicated that he would give the jury "special instruction" on how to use the evidence.

22

In his charge, the trial judge cautioned the jury against convicting the accused on the basis that they did not like her, or were critical of her general conduct. In particular, the jury was not to convict her because of her immoral or evil life, or because she was an inadequate mother. The guilt or innocence of the accused was to be decided on the basis of the evidence as a whole, and in particular, whether the evidence demonstrated that she participated in the killing. He cautioned that jury that:

It is the whole of the evidence you must consider, and evidence of the Accused's character can be taken into account by you only in assessing her credibility as a witness, just as you will take into account the character of the Crown witnesses like [B.R.], [T.H.] and Tracy Gabriel in assessing their credibility.

He further cautioned the jury against convicting the accused on the basis of B.R. and T.H.'s evidence alone. He instructed them that they should be particularly careful in accepting B.R.'s evidence since he was one of the killers, had an unsavoury reputation, and had been granted immunity. Although corroboration of his testimony was not a legal requirement, the jury should look for evidence to support his testimony. They should only rely on his evidence standing alone if it was safe to do so, in that it convinced the jury beyond a reasonable doubt that his version of events was true.

autorisé à contre-interroger l'accusée sur ses relations sexuelles avec H.M. À son avis, cette preuve se rapportait à la thèse du ministère public selon laquelle S.G.G. avait de l'emprise sur H.M. et pouvait orienter sa conduite. Il a conclu que l'effet préjudiciable de l'admission de la preuve de cette liaison ne l'emportait pas sur sa valeur probante, particulièrement compte tenu du fait que S.G.G. avait déjà reconnu avoir eu une conduite répréhensible à plusieurs égards. Le juge Low a indiqué qu'il donnerait au jury une [TRADUCTION] «directive spéciale» sur la façon d'utiliser cette preuve.

Dans son exposé, le juge du procès a averti le jury qu'il ne pouvait pas reconnaître l'accusée coupable parce qu'il ne l'aimait pas ou n'approuvait pas sa conduite en général. En particulier, le jury ne devait pas déclarer l'accusée coupable à cause de ses mauvaises mœurs ou parce qu'elle n'était pas une bonne mère. La culpabilité ou l'innocence de l'accusée devait être décidée en fonction de l'ensemble de la preuve, et particulièrement en fonction de la question de savoir si la preuve démontrait que l'accusée a participé au meurtre. Il a donné l'avertissement suivant au jury:

[TRADUCTION] C'est l'ensemble de la preuve que vous devez prendre en considération, et vous pouvez tenir compte de la preuve de la moralité de l'accusée uniquement pour évaluer sa crédibilité comme témoin, tout comme vous tiendrez compte de la moralité de témoins à charge comme [B.R.], [T.H.] et Tracy Gabriel pour évaluer leur crédibilité.

Il a en outre mis le jury en garde contre le fait de se fonder uniquement sur les témoignages de B.R. et de T.H. pour déclarer l'accusée coupable. Il a recommandé au jury de se montrer particulièrement prudent quant à l'admission du témoignage de B.R. puisqu'il était l'un des meurtriers, avait une réputation louche et bénéficiait d'une immunité. Quoique la corroboration du témoignage de B.R. ne fût pas une exigence juridique, le jury devait chercher des preuves appuyant son témoignage. Le jury ne devait se fonder sur ce témoignage pris isolément que s'il pouvait le faire sans risque, c'est-à-dire s'il était convaincu hors de tout doute raisonnable de la véracité de la version des faits de B.R.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1994), 90 C.C.C. (3d) 97

Southin J.A. saw no basis to question the Crown's motivation in seeking to reopen its case so late in the proceedings. Although the Crown knew of Gabriel, it did not know she had material evidence to give. The decision by the Crown not to pressure a witness who is not forthcoming does not attract judicial scrutiny in the absence of bad faith by the Crown. She found that it is not necessary for the Crown to expose itself to suggestions that it has bullied a witness.

Southin J.A. held that Gabriel's reluctance to come forward initially should not be visited on the Crown. In her view neither the Crown's case nor the defence changed as a result of Gabriel's evidence, since her evidence only confirmed B.R.'s evidence in minor respects. This was not a case in which the accused could have chosen to remain silent and escaped conviction.

She expressed the opinion that the late appearance of Gabriel constituted the type of narrow and exceptional circumstance identified in *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, in which the Crown should be permitted to reopen its case even after the defence has begun to call evidence. She thought that no prejudice to the accused had resulted. If Gabriel had been called as part of the Crown's case, it would have been even more necessary for S.G.G. to testify. In any event, the right of the accused not to be conscripted against herself does not include the right not to be contradicted when giving a prior consistent statement. The statement that the accused had told Gabriel about the boys' participation in the killing was gratuitous, self-serving and of minimal probative value. Furthermore, S.G.G.'s right to make full answer and defence was not compromised because she had adequate time to consider the gist of Gabriel's evidence and to prepare for cross-examination. There was no evidence that additional time to investigate Gabriel would have generated any "ammunition"

B. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1994), 90 C.C.C. (3d) 97

Le juge Southin n'a pas jugé bon de mettre en question les motifs pour lesquels le ministère public a cherché à rouvrir sa preuve à un stade si avancé de l'instance. Le ministère public avait entendu parler de Gabriel, mais il ignorait que celle-ci avait un témoignage substantiel à faire. La décision du ministère public de ne pas faire pression sur un témoin peu disposé à témoigner ne justifie pas un examen judiciaire en l'absence de mauvaise foi de la part du ministère public. Le juge Southin a conclu qu'il n'est pas nécessaire que le ministère public s'expose à des allégations d'intimidation d'un témoin.

Elle a statué que le ministère public ne devrait pas être puni pour l'hésitation initiale de Gabriel à témoigner. Selon le juge, le témoignage de Gabriel n'a modifié ni la preuve du ministère public ni celle de la défense puisqu'il corroborait simplement celui de B.R. sur des points secondaires. Il ne s'agissait pas d'une affaire dans laquelle l'accusé aurait pu décider de se taire et éviter une déclaration de culpabilité.

Le juge Southin a exprimé l'opinion que la comparution tardive de Gabriel constituait le genre de circonstance limitée et exceptionnelle, mentionnée dans l'arrêt *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, dans laquelle le ministère public devrait être autorisé à rouvrir sa preuve même après que la défense a commencé à citer des témoins. Elle a estimé que l'accusée n'avait pas été lésée. Si Gabriel avait été citée dans le cadre de la preuve du ministère public, il aurait été encore plus nécessaire de faire témoigner S.G.G. De toute façon, le droit de l'accusée de ne pas être mobilisée contre elle-même ne comprend pas le droit de ne pas être contredite quand elle fait une déclaration antérieure compatible. La déclaration selon laquelle l'accusée a parlé à Gabriel de la participation des garçons au meurtre était gratuite et intéressée, et avait peu de valeur probante. En outre, il n'y a pas eu d'atteinte au droit de S.G.G. de présenter une défense pleine et entière parce qu'elle a eu suffisamment de temps pour examiner l'essentiel du témoignage de Gabriel et pour se préparer au contre-interroga-

23

24

25

with which defence counsel could attack Gabriel's credibility. Nothing prevented defence counsel from calling other witnesses to reply to Gabriel — for example, the other two boys, J.G. and H.M. In the absence of any legal prejudice to the accused, the trial judge has the discretion to allow the Crown's case to be reopened, and Low J. did not exercise this discretion improperly.

toire. Rien ne permettait de conclure que l'octroi d'un délai supplémentaire pour enquêter sur Gabriel aurait permis de produire des [TRADUCTION] «munitions» dont l'avocat de la défense aurait pu se servir pour attaquer sa crédibilité. Rien n'empêchait l'avocat de la défense de citer d'autres témoins pour répondre à Gabriel, par exemple les deux autres garçons, J.G. et H.M. En l'absence d'un préjudice causé à l'accusé en droit, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la réouverture de la preuve du ministère public, et le juge Low n'a pas exercé ce pouvoir abusivement.

²⁶ Southin J.A. agreed with Low J. that S.G.G. could be cross-examined on her sexual relationship with H.M. The information was relevant to the Crown's theory of the case. The trial judge also made no error in charging the jury regarding the use that could be made of character evidence. The charge was scrupulously fair, and stressed the unreliability of B.R. No error was made in charging the jury regarding reasonable doubt. The appeal was therefore dismissed.

Le juge Southin a convenu avec le juge Low que S.G.G. pouvait être contre-interrogée sur ses relations sexuelles avec H.M. Ce renseignement était pertinent quant à la thèse du ministère public. Par ailleurs, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en donnant une directive au jury sur l'utilisation qui pouvait être faite de la preuve de moralité. Cette directive était rigoureusement équitable et faisait ressortir le fait que B.R. était un témoin peu fiable. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en donnant des directives au jury sur le doute raisonnable. L'appel a donc été rejeté.

III. Issues

III. Les questions en litige

²⁷ These are the issues presented in this appeal:

Les questions en litige dans le présent pourvoi sont les suivantes:

- (1) Did the Court of Appeal err in upholding the trial judge's ruling that it was permissible for the Crown to reopen its case following the close of the defence's case?
- (2) Did the Court of Appeal err in upholding the trial judge's ruling permitting the Crown to cross-examine the appellant as to the presence of stolen goods in her home and her sexual relationship with H.M., although this evidence also indicated that she was of bad character?

- (1) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès selon laquelle il était loisible au ministère public de rouvrir sa preuve après la clôture de la preuve de la défense?
- (2) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès de permettre au ministère public de contre-interroger l'appelante relativement à la présence dans sa maison de biens volés et à ses relations sexuelles avec H.M., malgré le fait que cette preuve indiquait aussi sa mauvaise moralité?

IV. AnalysisA. *Should the Crown's Case Have Been Reopened?*(1) Principles Governing an Application to Reopen the Crown's Case

The trial judge made his decision permitting the Crown to reopen its case prior to the release of this Court's decision in *R. v. P. (M.B.)*, *supra*. In that decision, the reasons of Lamer C.J. set out the principles that must be applied when the Crown seeks to reopen its case, and these principles must govern in this appeal.

The decision of a trial judge to allow the Crown to reopen its case at any time prior to a verdict is discretionary, and as a result will generally be accorded deference. However, that discretion must be exercised judicially, and in the interests of justice: *P. (M.B.)*, *supra*, at pp. 568-69. Long before the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* it was recognized that the reopening of the Crown's case posed a number of dangers to the fairness of the trial. See for example *R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (B.C.C.A.) *per* Sloan J.A. Now that the accused's rights to a fair trial are constitutionally protected, courts must be even more vigilant in protecting those interests. The crucial question to be resolved upon an application to reopen the Crown's case is "whether the accused will suffer prejudice in the legal sense — that is, will be prejudiced in his or her defence": *P. (M.B.)*, *supra*, at p. 568.

The ambit of a trial judge's discretion to allow the Crown to reopen its case becomes narrower as the trial proceeds because of the increasing likelihood of prejudice to the accused's defence as the trial progresses. During the first stage, when the Crown has not yet closed its case, the trial judge's discretion is quite broad. At the second stage, which arises when the Crown has just closed its

IV. AnalyseA. *La preuve du ministère public devait-elle être rouverte?*(1) Les principes régissant une demande de réouverture de la preuve du ministère public

Le juge du procès a rendu la décision par laquelle il a autorisé le ministère public à rouvrir sa preuve avant le dépôt de l'arrêt de notre Cour *R. c. P. (M.B.)*, précité. Dans cet arrêt, le juge en chef Lamer a énoncé les principes qu'il y a lieu d'appliquer lorsque le ministère public cherche à rouvrir sa preuve, et ce sont ces principes qui doivent régir le présent pourvoi.

La décision du juge du procès de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve n'importe quand avant le prononcé d'un verdict est une décision discrétionnaire, et, partant, un tribunal d'appel fera généralement preuve de retenue à son égard. Toutefois, ce pouvoir doit être exercé judiciairement et dans l'intérêt de la justice: *P. (M.B.)*, précité, aux pp. 568 et 569. Il a été reconnu bien avant l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés* que la réouverture de la preuve du ministère public portait atteinte à l'équité du procès à beaucoup d'égards. Voir, par exemple, *R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (C.A.C.-B.), le juge Sloan. Maintenant que les droits de l'accusé à un procès juste sont garantis dans une constitution, les tribunaux doivent se montrer encore plus vigilants dans la protection de ces droits. La question fondamentale à laquelle il faut répondre sur présentation d'une demande de réouverture de la preuve du ministère public est celle «de savoir si l'accusé subirait un préjudice au sens juridique, c.-à-d. s'il serait lésé dans sa défense»: *P. (M.B.)*, précité, à la p. 568.

L'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'autoriser le ministère public à rouvrir sa preuve diminue à mesure que le procès avance parce qu'il y a plus de chances pour que la défense soit lésée au fur et à mesure du déroulement du procès. Pendant la première étape, avant que le ministère public n'ait terminé sa preuve, le juge du procès jouit d'un pouvoir discrétionnaire très

28

29

30

case but the defence has not yet elected whether or not to call evidence, the discretion is more limited. Finally, in the third phase — where the defence has already begun to answer the Crown's case — the discretion is extremely narrow, and is “far less likely to be exercised in favour of the Crown”. The emphasis during the third phase must be on the protection of the accused's interests. See *P. (M.B.)*, at p. 570. In the instant appeal, the Crown sought to reopen the case in the third phase of the trial after the case for the defence had closed.

vaste. À la deuxième étape, c'est-à-dire juste après que le ministère public a terminé sa preuve mais avant que la défense ne choisisse de produire ou non une preuve, ce pouvoir est plus limité. Enfin, à la troisième étape, c'est-à-dire lorsque la défense a déjà commencé à répondre à la preuve du ministère public, ce pouvoir est extrêmement limité et est «beaucoup moins susceptible d'être exercé en faveur du ministère public». Pendant la troisième étape, la priorité doit être accordée à la protection des droits de l'accusé. Voir *P. (M.B.)*, à la p. 570. Dans le présent pourvoi, le ministère public a demandé la réouverture de sa preuve pendant la troisième étape du procès après la clôture de la preuve de la défense.

31 Traditionally, the Crown was only allowed to reopen its case during the third stage of the trial if the evidence arose *ex improviso* — in other words, “if some matter arose which no human ingenuity could have foreseen”: *P. (M.B.)*, *supra*, at p. 570. The parties argued extensively as to whether the evidence in this case arose *ex improviso*. Both parties seemed to assume that such a finding should lead almost automatically to permission to reopen the Crown's case. I cannot accept that contention.

Dans le passé, le ministère public n'était autorisé à rouvrir sa preuve pendant la troisième étape du procès que si la preuve survenait à l'improviste, autrement dit «s'il survenait un fait qu'aucun esprit humain n'aurait pu prévoir»: *P. (M.B.)*, précité, à la p. 570. Les parties ont longuement débattu la question de savoir si la preuve en l'espèce est survenu à l'improviste. Les deux parties ont semblé tenir pour acquis qu'une telle conclusion devrait déboucher presque automatiquement sur une autorisation de rouvrir la preuve du ministère public. Je ne souscris pas à cette prétention.

32 The traditional *ex improviso* rule only allowed the Crown's case to be reopened where the evidence could not have been foreseen by the Crown and it was in the interests of justice to permit it. The pre-*Charter* decision in *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728, may have very slightly expanded the circumstances in which the Crown's case can be reopened to include non-controversial evidence which the Crown inadvertently omitted to adduce as part of its case. Lamer C.J. in *P. (M.B.)* discussed the *ex improviso* exception within the context of the principle which must govern at this very late stage in the trial, namely that the interests of the accused must be protected. In other words, prejudice to the accused must be avoided. In all cases, the discretion of a trial judge

La règle traditionnelle du fait qui survient à l'improviste n'autorisait le ministère public à rouvrir sa preuve que s'il n'avait pu prévoir l'élément de preuve et s'il était dans l'intérêt de la justice de le faire. Il se peut que l'arrêt *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728, rendu antérieurement à la *Charte*, ait élargi très légèrement les circonstances dans lesquelles le ministère public peut rouvrir sa preuve pour inclure des éléments de preuve non controversés qu'il a omis par inadvertance de produire dans le cadre de sa preuve. Le juge en chef Lamer dans l'arrêt *P. (M.B.)* a examiné l'exception du fait qui survient à l'improviste dans le contexte du principe qui doit s'appliquer à ce stade très avancé du procès, savoir la protection des droits de l'accusé. En d'autres termes, il faut éviter de causer un préjudice à l'accusé. Dans tous les cas, le pouvoir discrétionnaire qu'a le juge du procès de rouvrir la preuve du ministère public lorsque l'ac-

to reopen the Crown's case once the accused has begun to answer it is "severely curtailed" (p. 571).

The narrowness of the trial judge's discretion to reopen the Crown's case at this late stage of the trial cannot be overemphasized. In *P. (M.B.)*, at p. 573, Lamer C.J. gave two examples of the very limited circumstances in which the Crown's case might be reopened during the third phase. In the first example, the conduct of the defence directly or indirectly contributed to the Crown's failure to lead the particular evidence before the close of its case. In the second example, the Crown made an omission or mistake on a non-controversial issue that was purely formal or technical, and had nothing to do with the substance of the case.

These examples are entirely compatible with the need to ensure that reopening is only allowed where no prejudice to the accused can be demonstrated. In the first example, it does not lie in the mouth of the accused to claim prejudice where the failure of the Crown to adduce the particular evidence arises from the actions of the defence. In the second instance, there is no prejudice to the accused because the issue which is addressed on reopening is non-controversial and has no effect on the substance of the case. Thus, for example, the Crown may be permitted to reopen its case to prove that the person referred to at a preliminary inquiry is the same person as the accused (*Robillard, supra*) because this is purely formalistic.

Although Lamer C.J. in *P. (M.B.)* was careful to leave open the possibility that reopening during the third phase of the trial may be permissible in other circumstances, he was equally clear that these circumstances would be rare. In my view, reopening at this stage should only be permitted in those very exceptional cases that are closely analogous to the examples given in *P. (M.B.)* — in other words, where the absence of prejudice to the accused is manifestly obvious. Beyond these examples, it will be extremely difficult for the

accusé a commencé à y répondre est «sensiblement restreint» (p. 571).

On ne saurait trop insister sur le caractère restreint du pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'autoriser la réouverture de la preuve du ministère public à ce stade avancé du procès. Dans *P. (M.B.)*, à la p. 573, le juge en chef Lamer a illustré au moyen de deux exemples les circonstances très limitées dans lesquelles le ministère public peut rouvrir sa preuve pendant la troisième étape. Dans le premier exemple, la conduite de la défense a directement ou indirectement contribué à l'omission du ministère public de présenter les éléments de preuve en question avant la clôture de sa preuve. Dans le second exemple, l'omission ou l'erreur du ministère public portait sur un point non controversé de pure forme et n'avait rien à voir avec le fond de l'affaire.

Ces exemples sont tout à fait compatibles avec la nécessité de veiller à ce que la réouverture de la preuve soit autorisée uniquement s'il est possible de démontrer que l'accusé ne sera pas lésé. Dans le premier cas, il n'est pas loisible à l'accusé d'affirmer qu'il a été lésé si l'omission du ministère public de présenter des éléments de preuve donnés est attribuable à la conduite de la défense. Dans le second cas, l'accusé n'est pas lésé parce que la question qui est débattue dans le cadre de la réouverture de la preuve n'est pas controversée et n'a aucun effet sur le fond de l'affaire. Ainsi, par exemple, le ministère public peut être autorisé à rouvrir sa preuve pour prouver que la personne dont il a été fait mention à l'enquête préliminaire est bien l'accusé (*Robillard, précité*) parce qu'il s'agit d'une question de pure forme.

Bien que le juge en chef Lamer dans l'arrêt *P. (M.B.)*, ait pris soin de ne pas exclure la possibilité qu'une réouverture pendant la troisième étape du procès puisse être autorisée dans d'autres circonstances, il a également bien précisé que ces circonstances seraient rares. Selon moi, une réouverture de la preuve à ce stade ne devrait être autorisée que dans les circonstances tout à fait exceptionnelles qui ressemblent beaucoup aux exemples donnés dans *P. (M.B.)*, c'est-à-dire lorsqu'il est parfaitement clair que l'accusé ne sera pas lésé. En dehors

33

34

35

Crown to succeed in an application to reopen the case once the accused has begun to answer the Crown's case.

36 The examples in *P. (M.B.)* addressed evidence that did not arise *ex improviso*. The same principles must equally apply where the evidence has arisen *ex improviso*. The fact that the Crown is not at fault in failing to discover evidence will often be irrelevant to the presence or absence of prejudice to the accused, and this must be the paramount consideration once the third stage of the trial is reached. At that time the focus should be upon the effect that the reopening will have on the accused's defence, and not on whether the Crown intended to create that effect. To the extent that the Saskatchewan Court of Appeal's decision in *Thatcher*, *supra*, comes to a different conclusion, it cannot be accepted.

37 This restrictive approach is justified because reopening at such a late stage in the proceedings seriously distorts the adversarial process and affects the fairness of the trial. Apart from the narrow exceptions discussed in *P. (M.B.)*, *supra*, and other exceptional circumstances, prejudice to the accused is almost inevitable. Yet, this is not an unreasonable or unacceptable result, in light of the very grave risks of incurable prejudice to the accused which would arise from a broader rule. The necessity for the strict rule is understandable when some of the risks of prejudice to the accused from reopening the trial during the third phase are considered.

38 One of the primary concerns that arises from permitting the Crown to reopen during the third phase of the trial is that the right of accused persons not to be conscripted against themselves will be compromised. This right is protected under s. 7 of the *Charter*. As Lamer C.J. stated in *P. (M.B.)*, at p. 580, "there is a real risk that the Crown will, based on what it has heard from the defence once it is compelled to 'meet the case' against it, seek to

de ces deux exemples, le ministère public aura beaucoup de difficulté à obtenir la réouverture de sa preuve après que l'accusé a commencé à y répondre.

Les exemples donnés dans *P. (M.B.)* avaient trait à des éléments de preuve qui ne sont pas survenus à l'improviste. Les mêmes principes doivent également s'appliquer si les éléments de preuve sont survenus à l'improviste. Le fait que le ministère public n'est pas responsable de l'omission de découvrir des éléments de preuve n'aura souvent rien à voir avec l'existence ou non d'un préjudice causé à l'accusé, et il doit s'agir du critère prépondérant au cours de la troisième étape du procès. À ce moment-là, c'est à l'effet que la réouverture aura sur la défense de l'accusé, et non à la question de savoir si le ministère public avait l'intention de créer cet effet, qu'il faudrait s'attarder. Dans la mesure où la décision rendue par la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'affaire *Thatcher*, précitée, renferme une conclusion différente, elle ne saurait être acceptée.

Cette approche restrictive est justifiée parce que la réouverture de la preuve à un stade si avancé du procès fausse sérieusement le processus accusatoire et nuit à l'équité du procès. Hormis les exceptions limitées examinées dans *P. (M.B.)*, précité, et d'autres circonstances exceptionnelles, il est presque inévitable que l'accusé soit lésé. Pourtant, il ne s'agit pas d'un résultat déraisonnable ou inacceptable compte tenu des risques très graves de préjudice irréparable que l'application d'une règle plus souple ferait courir à l'accusé. On peut comprendre la nécessité de la règle stricte quand on considère quelques-uns des risques de préjudice auxquels la réouverture de la preuve au cours de la troisième étape du procès expose l'accusé.

L'une des principales craintes que suscite le fait de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve pendant la troisième étape du procès est l'atteinte au droit de l'accusé de ne pas être mobilisé contre lui-même. Ce droit est garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Comme le juge en chef Lamer l'a déclaré dans *P. (M.B.)*, à la p. 580, «il existe un risque réel que, compte tenu de ce qu'il a entendu de la part de la défense lorsqu'elle a été contrainte

fill in gaps or correct mistakes in the case which it had on closing and to which the defence has started to respond". The Crown must not be allowed to change the case it has presented once the accused has begun to answer the Crown's case: *P. (M.B.)*, at p. 580. The accused's right against self-incrimination is not the only significant concern, however. There may also be an impact on the right to make full answer and defence, and the general right to a fair trial.

In particular, the Crown should not be permitted to gain the unfair advantage which will inevitably arise from "splitting its case". The rule against "splitting the case" developed primarily in the context of applications to adduce rebuttal evidence by the Crown. Applications to adduce rebuttal evidence and to reopen the case are "close cousins", but not "identical twins": *R. v. F.S.M.* (1996), 93 O.A.C. 201, at p. 208. Rebuttal evidence is properly admissible where the matter addressed arises out of the defence's case, where it is not collateral, and generally, where the Crown could not have foreseen its development: *R. v. Krause*, [1986] 2 S.C.R. 466, at p. 474; *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482, at pp. 497-98. With rebuttal evidence, it is the rules of the adversarial process that justify the admission of the reply evidence. In an application to reopen, the Crown is required to establish that the evidence is material to an issue that is properly part of the Crown's case. In order to succeed, the Crown must also explain why the evidence was not led earlier and must justify this departure from the normal rules of the adversarial process. See *F.S.M.*, *supra*, at p. 208.

It is clear that some of the same reasons for limiting the admissibility of rebuttal evidence should apply to an application to reopen, most particularly where the reopening is sought during the third

de répondre à la preuve présentée contre elle, le ministère public cherche à combler les lacunes ou à corriger les erreurs dans la preuve dont il a terminé la présentation et à laquelle la défense a commencé à répondre». Le ministère public ne doit pas être autorisé à modifier la preuve qu'il a produite après que l'accusé a commencé à y répondre: *P. (M.B.)*, à la p. 580. Le droit de l'accusé de ne pas s'incriminer n'est toutefois pas la seule préoccupation majeure. La réouverture de la preuve peut aussi avoir un effet sur le droit de présenter une défense pleine et entière, et sur le droit général à un procès équitable.

En particulier, le ministère public ne devrait pas être autorisé à bénéficier de l'avantage injuste qui résultera forcément du fait que «sa preuve soit scindée». La règle interdisant que «la preuve soit scindée» a été élaborée principalement dans le contexte des demandes de production d'une contre-preuve par le ministère public. Les demandes de production d'une contre-preuve et de réouverture de la preuve sont des [TRADUCTION] «cousins germains», mais ne sont pas de «vrais jumeaux»: *R. c. F.S.M.* (1996), 93 O.A.C. 201, à la p. 208. Une contre-preuve est à juste titre admissible lorsque la question examinée découle de la preuve de la défense, lorsqu'elle n'est pas incidente et, de façon générale, lorsque le ministère public ne pouvait pas prévoir de quelle façon elle évoluerait: *R. c. Krause*, [1986] 2 R.C.S. 466, à la p. 474; *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482, aux pp. 497 et 498. Dans le cas d'une contre-preuve, ce sont les règles du processus accusatoire qui en justifient l'admission. Dans le cas d'une demande de réouverture, le ministère public doit prouver que les éléments de preuve se rapportent à une question qui fait légitimement partie de sa preuve. Pour obtenir l'autorisation demandée, il doit également expliquer pourquoi les éléments de preuve n'ont pas été produits plus tôt et justifier la dérogation aux règles normales du processus accusatoire. Voir *F.S.M.*, précité, à la p. 208.

Il est certain que quelques-unes des raisons pour lesquelles il faut limiter l'admissibilité d'une contre-preuve devraient également s'appliquer à une demande de réouverture de la preuve, surtout si la

39

40

phase of the trial. The same types of prejudice are likely to arise. With rebuttal evidence, the prejudice is alleviated in situations where the evidence is properly admissible because the matter addressed arises from the case presented by the defence and could not have been foreseen by the Crown. In these circumstances, it cannot be said that the accused has put forward a defence without knowing the full case to be met, since the matter dealt with in rebuttal must have arisen out of the evidence put forward by the defence. However, reopening is different from rebuttal. As a result, it may not be possible on an application to reopen to overcome the prejudice to the accused by demonstrating that the Crown could not have foreseen the appearance of the new evidence.

demande est faite au cours de la troisième étape du procès. Les mêmes types de préjudice sont susceptibles d'être causés. Dans le cas d'une contre-preuve, le préjudice est atténué dans les situations où la preuve est admissible à juste titre parce que la question soulevée découle d'éléments de preuve présentés par la défense et que le ministère public ne pouvait pas la prévoir. Dans ces circonstances, on ne saurait affirmer que l'accusé a présenté une défense sans connaître la totalité de la preuve à laquelle il devait répondre puisqu'il faut que la question traitée dans la contre-preuve dérive de la preuve présentée par la défense. La réouverture de la preuve diffère cependant de la présentation d'une contre-preuve. Par conséquent, il peut ne pas être possible dans le cadre d'une demande de réouverture de surmonter l'obstacle que constitue le préjudice causé à l'accusé en démontrant que le ministère public ne pouvait pas prévoir l'émergence de nouveaux éléments de preuve.

⁴¹ Where the evidence arises in a manner that is completely unforeseen, it could be argued that the right against self-incrimination is not implicated to the same degree as it is where the Crown applies to reopen after discovering a gap in its case as a result of hearing the defence's evidence. Yet it is almost impossible for the Crown to avoid changing or filling gaps in its case, particularly where the evidence to be adduced is significant to the Crown's case. In other words, the Crown's case is "split", in spite of its best intentions.

Si la preuve surgit d'une manière totalement imprévisible, on pourrait soutenir que le droit de ne pas s'incriminer n'est pas touché dans la même mesure que si le ministère public demande la réouverture de sa preuve après y avoir décelé une lacune à la suite de l'audition de la preuve de la défense. Néanmoins, il est presque impossible que le ministère public ne modifie pas sa preuve ou ne comble pas des lacunes dans celle-ci, particulièrement si les éléments de preuve devant être produits sont importants pour sa thèse. En d'autres termes, la preuve du ministère public est «scindée» malgré les meilleures intentions de ce dernier.

⁴² In these circumstances, the most significant concern is that the accused will have responded to the Crown's case without knowing the full case to be met. This is one of the primary rationales for the general rule that the Crown is not permitted to improperly "split its case" by adducing rebuttal evidence: *Krause, supra*, at pp. 473-74; *R. v. Biddle*, [1995] 1 S.C.R. 761, at p. 774. The entitlement of the accused to know the case to meet before responding is a sound principle of trial fairness

Dans ces circonstances, l'aspect le plus préoccupant est le fait que l'accusé aura répondu à la preuve du ministère public sans connaître la totalité de la preuve à laquelle il devait répondre. C'est l'une des principales justifications de la règle générale interdisant au ministère public de «scinder sa preuve» abusivement en présentant une contre-preuve: *Krause*, précité, aux pp. 473 et 474; *R. c. Biddle*, [1995] 1 R.C.S. 761, à la p. 774. Le droit de l'accusé de connaître la preuve du ministère public avant d'y répondre est un solide principe d'équité du procès qui revêt autant sinon plus d'importance dans le cadre de l'examen d'une

that is of equal if not greater importance in considering an application to reopen the Crown's case.

Prejudice to the accused where this principle is undermined is obvious where the new evidence to be adduced on reopening changes the Crown's theory of the case. More subtle but equally harmful effects will occur where the Crown simply fills a gap in its case, for example by adducing evidence on matters not previously dealt with in its case. Putting forward testimony that corroborates the evidence of a material Crown witness also fills a gap in the Crown's case, particularly where the witness might be considered unreliable in the absence of corroboration: *F.S.M.*, *supra*, at p. 211. The respondent argues that any time the Crown seeks to reopen the case, it will seek to fill gaps in the case, and that prejudice must therefore only occur where the gap is filled as a result of something in the accused's evidence. In my view, however, it is because of the high risk that the new evidence will either alter or fill gaps in the Crown's case that the rule against reopening after the accused has begun to answer the case must be strict.

The fact that the Crown is not at fault in failing to adduce the evidence as part of its case makes no difference to the right of the accused to know the case that must be met before responding. At the third stage of the trial, the opportunity to recall Crown witnesses and to reopen the case for the defence can never completely cure the resulting harm to the defence. For example it does not address the very real risk that the new evidence may require the defence to reopen its case and adduce evidence that appears inconsistent with that which was given earlier. Nor does it address the possibility that the defence may be unable, at this

demande de réouverture de la preuve du ministère public.

Le préjudice causé à l'accusé en cas d'atteinte à ce principe est manifeste lorsque les nouveaux éléments de preuve qui doivent être produits dans le cadre de la réouverture de la preuve modifient la thèse du ministère public. Des effets plus subtils mais tout aussi préjudiciables s'ensuivront si le ministère public comble simplement une lacune dans sa preuve, par exemple en produisant des éléments de preuve sur des questions qu'il n'a pas abordées antérieurement dans sa preuve. La présentation d'un témoignage qui corrobore celui d'un témoin à charge important comble également une lacune dans la preuve du ministère public, particulièrement si ce témoin pourrait être considéré comme peu fiable en l'absence de corroboration: *F.S.M.*, précité, à la p. 211. L'intimée prétend que chaque fois que le ministère public demande la réouverture de sa preuve, il cherchera à combler des lacunes dans celle-ci, et qu'il ne peut donc y avoir de préjudice que si c'est quelque chose dans la preuve de l'accusé qui permet de combler la lacune. À mon avis, toutefois, c'est parce qu'il y a de fortes chances pour que les nouveaux éléments de preuve modifient la preuve du ministère public ou combler des lacunes dans celle-ci que la règle interdisant la réouverture de la preuve lorsque l'accusé a commencé à y répondre doit être stricte.

Le fait que le ministère public n'est pas responsable de l'omission de produire les éléments de preuve dans le cadre de sa preuve ne change rien au droit de l'accusé de connaître la preuve avant d'avoir à y répondre. À la troisième étape du procès, la possibilité de citer à nouveau des témoins à charge et de rouvrir la preuve de la défense ne peut jamais réparer complètement le préjudice causé à la défense. Par exemple, la défense s'expose au risque très réel que les nouveaux éléments de preuve l'obligeront peut-être à rouvrir sa preuve et à produire des éléments de preuve qui paraissent incompatibles avec ceux qu'elle a présentés antérieurement. Il y a aussi la question de l'incapacité éventuelle de la défense, à ce stade avancé, de répondre efficacement aux éléments de preuve

43

44

late stage, to effectively address the Crown's new or enhanced case.

45 The accused is almost inevitably prejudiced where, as so often will be the case, the reopening will require the accused to take the stand for a second time and undergo a second round of cross-examination: *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476, at p. 481; *Biddle, supra*, at p. 776. This will invariably result in a double attack on the accused's credibility. The accused must then explain apparent inconsistencies between prior testimony and the new evidence, or must address issues not previously mentioned. The reopening may also unfairly make the accused appear to be evasive or untruthful. For example, it might have been unnecessary and perhaps irrelevant for the accused to address some issues on the basis of the Crown's original case. This may have been the sound position of defence counsel. If the reopening requires these new issues to be addressed, the defence is bound to appear to be evasive. Moreover, Crown evidence on the reopening, coming at the end of the trial, may assume an unwarranted importance in the minds of the jury. See *Biddle, supra*, at p. 776. All of these consequences are clearly prejudicial to the accused's defence.

46 The decision in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, set forth the fundamental importance of full disclosure to the accused. To reopen the Crown's case at the third stage of the trial effectively brushes aside that concept which is so essential to a fair trial. It is on the basis of that disclosure that the defence will have prepared and presented its case — from the cross-examination of Crown witnesses to the calling of evidence for the defence. By the third stage of the trial the defence is entitled to expect that the Crown's case is complete and to govern itself accordingly. The Crown would not have proceeded with a prosecution if it believed it would fail. Similarly, it would not close its case without adducing all the evidence it considered necessary to secure a conviction. The Crown considered its case complete at that point. It

nouveaux ou enrichis soumis par le ministère public.

L'accusé est presque inévitablement lésé lorsque, comme ce sera si souvent le cas, la réouverture de la preuve l'oblige à venir témoigner une seconde fois et à subir un deuxième contre-interrogatoire: *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476, à la p. 481; *Biddle*, précité, à la p. 776. La crédibilité de l'accusé subira inmanquablement une double attaque. L'accusé doit alors expliquer les incohérences apparentes entre son témoignage antérieur et les nouveaux éléments de preuve, ou traiter de questions qui n'ont pas été soulevées antérieurement. La réouverture de la preuve peut également donner la fausse l'impression que l'accusé semble évasif ou menteur. Par exemple, il pourrait avoir été inutile et peut-être hors de propos pour l'accusé d'aborder certaines questions compte tenu de la preuve initiale du ministère public. Peut-être était-ce la position judicieuse de l'avocat de la défense. S'il est nécessaire de traiter de ces nouvelles questions par suite de la réouverture de la preuve, la défense se montrera fatalement évasive. De plus, les éléments de preuve présentés par le ministère public lors de la réouverture de la preuve, c'est-à-dire à la fin du procès, peuvent prendre une importance injustifiée dans l'esprit du jury. Voir *Biddle*, précité, à la p. 776. Toutes ces conséquences sont visiblement préjudiciables à la défense de l'accusé.

L'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, énonce l'importance fondamentale d'une communication complète de la preuve à l'accusé. La réouverture de la preuve du ministère public pendant la troisième étape du procès écarte effectivement ce concept qui est si important pour l'équité du procès. C'est à partir de cette divulgation que la défense aura préparé et présenté sa preuve, depuis le contre-interrogatoire des témoins à charge jusqu'à la production de sa preuve. À la troisième étape du procès, la défense est en droit de s'attendre à ce que la preuve du ministère public soit complète, et d'agir en conséquence. Le ministère public n'aurait pas intenté une poursuite s'il avait pensé qu'il serait débouté. Par ailleurs, il ne déclarerait pas sa preuve close sans avoir produit tous les éléments de preuve jugés nécessaires pour

follows that there is nothing unfair in holding that as a general principle the reopening of the Crown's case at the third stage is prejudicial to the defence and should not be permitted apart from the two exceptions referred in *P. (M.B.)* and other exceptional circumstances.

It would be all too easy to say there could not be any prejudice to the accused as a result of the reopening since there has been no basic change in the Crown's case. It could also be argued that the defence's case would not have changed in any event, since the defence could not have done anything differently. However, that would be to enter into the realm of speculation. It would require speculation as to the nature of the cross-examination that would have been undertaken of Crown witnesses and speculation as to the defence evidence that would have been called. If the concept of a fair trial is to be preserved, an attempt, undertaken only with the power of hindsight, to determine whether the accused would have conducted the case differently should not be a factor in the consideration of a Crown request to reopen its case. It is simply not possible to determine whether the defence would have changed if the evidence had been adduced in the proper order, and courts should avoid speculating to reach such a conclusion.

The likelihood of prejudice to the accused of reopening the Crown's case is such that it should not be permitted at the third stage of the trial save in the exceptional or analogous circumstances referred to in *P. (M.B.)*. If the trial judge refuses the application to reopen the case on this basis, the Crown has two options. It may elect to proceed with the trial without the new witness. In effect this would mean no more than that the Crown would proceed with the very case it originally intended to place before the Court. Alternatively, if the Crown believes that the witness is of such significance that he or she must be called, the Crown can enter a stay of proceedings and recom-

obtenir une déclaration de culpabilité. Le ministère public a estimé que sa preuve était complète à ce moment-là. Il s'ensuit qu'il n'y a rien d'injuste à statuer en tant que principe général que la réouverture de la preuve du ministère public à la troisième étape du procès est préjudiciable à la défense et ne devrait pas être autorisée en dehors des deux exceptions mentionnées dans *P. (M.B.)* et d'autres circonstances exceptionnelles.

Il ne serait que trop facile de dire que la réouverture de la preuve ne peut pas léser l'accusé étant donné qu'il n'y a pas eu de changement fondamental dans la preuve du ministère public. On pourrait également soutenir que la preuve de la défense n'aurait pas subi de changement de toute façon étant donné que la défense n'aurait rien pu faire différemment. Cela reviendrait toutefois à entrer dans le domaine des suppositions. Il faudrait faire des suppositions sur la nature des contre-interrogatoires auxquels les témoins à charge auraient été soumis et sur la preuve que la défense aurait produite. Si l'on veut préserver le concept de l'équité du procès, on ne devrait pas, dans l'examen d'une demande de réouverture de la preuve du ministère public, prendre en considération une tentative, faite uniquement avec du recul, de déterminer si la conduite de la défense aurait été différente. Il est tout simplement impossible de savoir si la défense aurait été différente si la preuve avait été produite dans le bon ordre, et les tribunaux devraient éviter de faire des suppositions pour parvenir à une telle conclusion.

Il y a tellement de chances pour que l'accusé soit lésé par la réouverture de la preuve du ministère public qu'une demande en ce sens à la troisième étape du procès ne devrait pas être accordée, sauf dans les circonstances exceptionnelles ou analogues dont il est fait mention dans *P. (M.B.)*. Si le juge du procès refuse la demande de réouverture de la preuve, deux possibilités s'offrent au ministère public. Il peut choisir de poursuivre le procès sans citer le nouveau témoin. En fait, il ne ferait rien de plus que de produire la preuve qu'il avait initialement l'intention de présenter à la cour. Le ministère public peut également, s'il croit que le témoin est si important qu'il juge essentiel de le

47

48

mence the trial within the requisite time period under s. 579 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The Crown can then give proper notice to the defence of the nature of the testimony that will be elicited from the witness, thus ensuring the fairness of the new trial. Since these situations will rarely arise, this approach will not result in a flood of new trials. Yet it will alleviate the inevitable prejudice to the accused of reopening the trial at this late stage, while still permitting the evidence to be heard in the manner it should be, as part of the Crown's case. The Crown's recommencement could of course be objected to by the accused. That objection might take the form of allegations of abuse of process or of unfairness of such a degree that it violates the s. 7 *Charter* rights of the accused. The decision on the application would be for the judge presiding at the new trial.

(2) Application of These Principles to this Case

49 The appellant's submissions that the Crown was negligent or wilfully blind in failing to call Tracy Gabriel as part of its original case cannot be sustained. It is clear that the witness Gabriel was known to the Crown, and that her name arose in the testimony of a number of witnesses. It is equally clear that, as far as the Crown knew, she had nothing useful to offer. In fact, in his submissions to the trial judge before Gabriel came forward, defence counsel himself stated that she was not a useful witness to either the Crown's or the defence's case.

50 The trial judge appropriately concluded that Gabriel was not prepared to cooperate with the Crown or the police until she came forward at the end of the trial. Furthermore, if the Crown had called her during its case, she would almost certainly have testified to the version of events contained in her original statements to the police. It is simply not practical to require the Crown to call an

faire entendre, demander l'arrêt des procédures et la reprise du procès dans le délai prévu à l'art. 579 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le ministère public pourra ensuite donner un préavis suffisant à la défense au sujet de la nature du témoignage que le témoin rendra, ce qui garantira l'équité du nouveau procès. Comme ces situations seront rares, cette façon de procéder ne donnera pas lieu à un flot de nouveaux procès. Par contre, elle atténuera le préjudice que la réouverture du procès à ce stade avancé cause inévitablement à l'accusé, tout en permettant quand même l'audition des témoignages de la manière établie, c'est-à-dire dans le cadre de la preuve du ministère public. Il va sans dire que l'accusé pourrait s'opposer à la reprise du procès par le ministère public. Cette opposition pourrait se présenter sous forme d'allégations d'abus de procédure ou d'iniquité à un degré tel qu'il y a violation des droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit à l'accusé. Il reviendrait au juge qui préside le nouveau procès de prendre une décision à cet égard.

(2) Application de ces principes à l'espèce

Les prétentions de l'appelante voulant que le ministère public ait fait preuve de négligence ou d'ignorance volontaire en omettant de faire déposer Tracy Gabriel dans le cadre de sa preuve initiale ne sauraient être maintenues. Il est certain que le ministère public connaissait le témoin Gabriel et que plusieurs témoins ont mentionné son nom dans le cadre de leur témoignage. Il est également certain que, dans la mesure où le ministère public le savait, Gabriel n'avait rien d'utile à offrir. En fait, dans les moyens qu'il a invoqués devant le juge du procès avant qu'elle n'offre de témoigner, l'avocat de la défense lui-même a déclaré qu'elle n'était un témoin utile ni pour la preuve du ministère public ni pour celle de la défense.

Le juge du procès a conclu à bon droit que Gabriel n'était pas disposée à collaborer avec le ministère public ou la police jusqu'à ce qu'elle offre de témoigner à la fin du procès. En outre, si le ministère public l'avait appelée à témoigner dans le cadre de sa preuve, elle aurait presque certainement confirmé la version des faits contenue dans les déclarations initiales qu'elle a faites aux

unhelpful witness who might potentially become helpful in order to avoid allegations of negligence when the witness comes forward late in the proceedings. In my opinion, Gabriel's evidence can therefore genuinely be said to have arisen *ex improviso*, that is to say, it could not have been foreseen.

In my view the fact that the evidence arose in a manner that could not be foreseen is to a large extent irrelevant. The question that remains is whether the accused could demonstrate prejudice from the reopening of the Crown's case. Here, it is apparent that the splitting of the Crown's case prejudiced the appellant in most if not all of the ways referred to earlier. Although it can be assumed that reopening at this late stage will be prejudicial to the accused, this case clearly demonstrates prejudice in a number of respects.

Gabriel's evidence corroborated B.R.'s evidence on a number of issues, thereby filling an important gap in the Crown's case. In particular, it was the only other evidence that tended to suggest that the accused might have been present in the house while J.B. was still alive. This was an inference that could be drawn from the words "Who are you?" that Gabriel allegedly overheard.

Gabriel's testimony also supported other aspects of B.R.'s testimony. In particular, she supported his evidence that he was sent to get paint on the day after the killing, and that the room in the house was repainted on that day. Gabriel also supported B.R.'s claim that S.G.G. thought J.B. was a "rat". In fact, Gabriel supported this story with evidence of words spoken by police officers in front of S.G.G. in which an informant was mentioned. This evidence had not previously been adduced by the police or any other witness. She also confirmed B.R.'s evidence that several baseball bats and pipes that had previously been in the house had disappeared when the police searched the house after the killing. Gabriel supported B.R.'s story

policiers. Il n'est tout simplement pas pratique d'obliger le ministère public à citer un témoin peu obligeant qui pourrait peut-être devenir utile afin d'éviter de donner prise à des allégations de négligence lorsque ce témoin se présente à un stade avancé du procès. À mon avis, il est donc vraiment possible de considérer que le témoignage de Gabriel est survenu à l'improviste, c'est-à-dire qu'il ne pouvait pas être prévu.

Selon moi, le fait que ce témoignage a surgi d'une manière imprévisible est dans une large mesure dénué de pertinence. La dernière question à trancher est celle de savoir si l'accusée pouvait démontrer que la réouverture de la preuve du ministère public l'a lésée. En l'espèce, il est évident que le fait d'avoir scindé la preuve du ministère public a lésé l'accusée de toutes ou presque toutes les manières mentionnées plus haut. Bien qu'on puisse présumer que la réouverture de la preuve à ce stade avancé lésera l'accusé, la présente affaire montre clairement l'existence d'un préjudice à plusieurs égards.

Le témoignage de Gabriel a corroboré celui de B.R. sur plusieurs points, comblant ainsi une lacune importante dans la preuve du ministère public. Il s'agissait notamment du seul autre témoignage qui tendait à laisser croire que l'accusée aurait pu se trouver dans la maison pendant que J.B. était encore en vie. C'est une conclusion que permettaient de tirer les mots «Qui es-tu?» que M^{me} Gabriel aurait entendus.

Le témoignage de Gabriel confirmait en outre d'autres aspects du témoignage de B.R. En particulier, elle a confirmé que B.R. a été envoyé acheter de la peinture le lendemain du meurtre, et qu'une pièce de la maison a été repeinte ce jour-là. Elle a également étayé l'affirmation de B.R. selon laquelle S.G.G. pensait que J.B. était un «mouchard». En fait, elle a étayé cette version des faits en rapportant des paroles prononcées par des policiers devant S.G.G. à propos d'un indicateur. Cette preuve n'avait pas été produite antérieurement par la police ou un autre témoin. Gabriel a également confirmé la déposition de B.R. selon laquelle plusieurs bâtons de baseball et tuyaux qui se trouvaient dans la maison avaient disparu lorsque les

51

52

53

that H.M. had left his shoes at a beach with the story of the trip to Trout Lake at which all the boys and S.G.G. lost their shoes. To some extent this evidence was also new, in that it described the loss of J.G.'s and S.G.G.'s shoes, which B.R. had not referred to in his testimony.

54 The fact that Gabriel's evidence supported B.R.'s evidence in these aspects was clearly significant to the Crown's case. Although Gabriel herself may not have been an ideal witness, her evidence must have assisted the Crown in discharging its burden of proof. The trial judge, in granting leave to reopen the case, acknowledged that Gabriel's evidence was particularly significant for the Crown in placing the accused at the house when J.B. may still have been alive.

55 There was a further significance to Gabriel's evidence. The trial judge considered B.R. to be an unreliable witness. He carefully and emphatically cautioned the jury that it would be dangerous to convict S.G.G. on the testimony of B.R. and T.H. alone. He pointed out that B.R. was a participant in the killing and had been granted immunity from prosecution. The jury were specifically told to look for evidence that confirmed B.R.'s story, and it is very likely that they might have found it in Gabriel's testimony. The fact that Gabriel's evidence confirmed some of B.R.'s testimony even on minor matters can only have had a positive effect on his general credibility. This in turn would enhance his credibility on the key issue of S.G.G.'s participation in the crime.

56 The end result was that the accused chose to testify and gave evidence without knowing the full case she had to meet. Furthermore, the accused's evidence may have provided the foundation for

policiers ont fouillé la maison après le meurtre. Gabriel a étayé la version des faits de B.R. selon laquelle H.M. a laissé ses chaussures sur une plage, en relatant l'excursion au lac Trout au cours de laquelle tous les garçons et S.G.G. ont égaré leurs chaussures. Dans une certaine mesure, cette preuve était également nouvelle puisqu'elle décrivait la perte des chaussures de J.G. et de S.G.G., dont B.R. n'avait pas fait mention dans son témoignage.

Le fait que le témoignage de Gabriel a confirmé celui de B.R. à ces égards était manifestement important pour la preuve du ministère public. Bien que Gabriel elle-même n'ait peut-être pas été un témoin idéal, son témoignage a sûrement aidé le ministère public à s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombait. En accordant l'autorisation de rouvrir la preuve, le juge du procès a reconnu que le témoignage de Gabriel était particulièrement important pour le ministère public puisqu'il établissait la présence de l'accusée chez elle pendant que J.B. était peut-être encore vivant.

Le témoignage de Gabriel était important à un autre égard. Le juge du procès considérait B.R. comme un témoin peu fiable. Il a pris soin d'avertir énergiquement le jury qu'il serait dangereux de déclarer S.G.G. coupable sur la foi des témoignages de B.R. et de T.H. seulement. Il a fait remarquer que B.R. avait participé au meurtre et s'était vu accorder l'immunité contre une poursuite. Il a donné au jury la directive expresse de chercher des éléments de preuve confirmant la version des faits de B.R., et il est très possible que le jury ait trouvé ces éléments de preuve dans le témoignage de Gabriel. Le fait que le témoignage de Gabriel a confirmé une partie du témoignage de B.R. même sur des questions secondaires ne peut qu'avoir eu un effet favorable sur la crédibilité générale de B.R., ce qui, par le fait même, renforçait sa crédibilité sur la question fondamentale de la participation de S.G.G. à la perpétration du crime.

Le résultat final est que l'accusée a choisi de témoigner et qu'elle l'a fait sans connaître toute la preuve à laquelle elle devait répondre. Par ailleurs, le témoignage de l'accusée peut avoir jeté les bases

some of the Crown's examination in chief of Gabriel. In particular, Gabriel was asked when she heard about J.B.'s death. She indicated that she heard about it from the police two days afterwards. This contradicted S.G.G.'s claim that she had told Gabriel about the killing on the morning afterwards. Although S.G.G.'s statement in this regard might be characterized as a prior consistent statement, no objection was made to it at trial, and it was evidence that the jury considered.

The Court of Appeal may be correct that the accused does not have the right not to be caught in a lie. In those circumstances, the prejudice would be of the accused's own making. However, it is not clear whether it was S.G.G. or Gabriel who was telling the truth on this point. Even though S.W. eventually testified when the defence's case was reopened and confirmed S.G.G.'s story, the impression left with the jury may well have been that S.G.G. was caught in a lie, even if she was not. There is no doubt that this was prejudicial to the accused.

Furthermore, Gabriel gave evidence on matters that S.G.G. had not referred to, such as the instructions to the boys to lose their shoes at Trout Lake. As a result, it is quite likely that S.G.G.'s failure to mention the Trout Lake trip would appear to the jury to have been an evasion. Finally, the mere fact that S.G.G. felt the need to take the stand again to answer some of these points was inherently prejudicial, since it gave the Crown a second chance to attack her credibility in cross-examination.

Many of the points on which S.G.G. was contradicted by Gabriel were not originally addressed by S.G.G. or other defence witnesses. She was then left with the choice of calling additional witnesses, thus appearing to give weight to these points, or leaving the jury with the impression that she had been caught lying. In the circumstances, the opportunity to call additional witnesses was at best a

d'une partie de l'interrogatoire principal auquel le ministère public a soumis Gabriel. En particulier, Gabriel s'est fait demander à quel moment elle a appris la mort de J.B. Elle a répondu que la police le lui a appris deux jours plus tard. Cette affirmation contredisait la déclaration de S.G.G. selon laquelle elle a parlé du meurtre à Gabriel le lendemain matin. Bien qu'il soit possible de qualifier la déclaration de S.G.G. à cet égard de déclaration antérieure compatible, aucune objection n'a été formulée au procès, et le jury a pu prendre cet élément de preuve en considération.

La Cour d'appel a peut-être raison d'affirmer que l'accusée n'a pas le droit de ne pas être prise en flagrant délit de mensonge. Dans ces circonstances, l'accusée serait lésée par son fait. Toutefois, on ne sait pas très bien si c'est S.G.G. ou Gabriel qui disait la vérité sur ce point. Même si S.W. a finalement témoigné lorsque la preuve de la défense a été rouverte, et a confirmé la version des faits de S.G.G., il se peut bien que le jury ait gardé l'impression que S.G.G. a été prise en flagrant délit de mensonge, même si tel n'était pas le cas. Il ne fait aucun doute que cela a été préjudiciable à l'accusée.

Par ailleurs, le témoignage de Gabriel a porté sur des questions dont S.G.G. n'a pas parlé, comme l'ordre donné aux garçons d'égarer leurs chaussures au lac Trout. En conséquence, il est tout à fait probable que le jury ait pu considérer comme une échappatoire l'omission de S.G.G. de parler de l'excursion au lac Trout. Enfin, le simple fait que S.G.G. a estimé nécessaire de témoigner à nouveau pour répondre à quelques-uns de ces points était préjudiciable en soi, puisque cela donnait de nouveau au ministère public la possibilité d'attaquer sa crédibilité en contre-interrogatoire.

Bon nombre des points sur lesquels Gabriel a contredit S.G.G. n'avaient pas été abordés initialement par cette dernière ni par d'autres témoins de la défense. S.G.G. avait alors le choix de citer d'autres témoins, paraissant ainsi donner du poids à ces points, ou donner au jury l'impression qu'elle avait été prise en flagrant délit de mensonge. Dans ces circonstances, la possibilité d'appeler de nou-

57

58

59

decidedly mixed blessing. It clearly could not cure the prejudice to her defence without potentially creating further prejudicial effects.

veaux témoins à la barre était au mieux un avantage incontestablement incertain. L'accusée ne pouvait manifestement pas réparer le préjudice causé à sa défense sans risquer de créer d'autres effets préjudiciables.

60 There can be little doubt that S.G.G.'s defence was prejudiced. In any event, since Gabriel's evidence did not fall into the narrow or comparable exceptions identified in *P. (M.B.)*, *supra*, in which reopening of the Crown's case is permissible during the third stage of the trial, prejudice to her defence should be presumed. If any onus rested on her to demonstrate prejudice, she discharged that onus when her counsel argued at trial that he would have conducted the defence differently if Gabriel's evidence had been received as part of the Crown's case. He pointed to the lack of time to prepare for cross-examination, as well as the possibility that he would have adopted a different defence strategy, at least in dealing with Crown witnesses. This was more than adequate to resolve the reopening application in his favour.

Il ne fait guère de doute qu'un préjudice a été causé à la défense de S.G.G. De toute façon, comme le témoignage de Gabriel n'entraîne pas dans les exceptions limitées ou comparables mentionnées dans l'arrêt *P. (M.B.)*, précité, qui permettent la réouverture de la preuve du ministère public pendant la troisième étape du procès, il y a lieu de présumer qu'un préjudice a été causé à sa défense. S'il lui incombait de démontrer l'existence d'un préjudice, elle s'est acquittée de ce fardeau lorsque son avocat a soutenu au procès qu'il aurait conduit la défense autrement si Gabriel avait témoigné dans le cadre de la preuve du ministère public. Il a signalé le manque de temps pour se préparer en vue du contre-interrogatoire, de même que l'adoption possible d'une stratégie de défense différente, du moins pour interroger les témoins à charge. C'était plus que suffisant pour trancher la demande de réouverture en sa faveur.

61 In these circumstances, it was not in the interests of justice to allow the Crown's case to be reopened to call Gabriel. The only appropriate course of action would have been for the Crown to move for a stay of the proceedings and seek a new trial. If the trial judge was convinced that the witness the Crown sought to present would give such significant evidence that a new trial was warranted, then undoubtedly judicial discretion would be exercised, a stay of the proceedings granted and a new trial directed. The case could then recommence with a new jury, and the evidence of Gabriel would be led in its proper context — as part of the Crown's case. The appeal should be allowed on this ground and a new trial directed.

Dans les circonstances de l'espèce, il n'était pas dans l'intérêt de la justice de permettre la réouverture de la preuve du ministère public pour faire entendre le témoignage de Gabriel. La seule solution appropriée aurait été que le ministère public demande l'arrêt des procédures et la tenue d'un nouveau procès. Si le juge du procès avait été convaincu que le témoin à charge que le ministère public voulait faire entendre aurait fait une déposition assez importante pour justifier la tenue d'un nouveau procès, il ne fait aucun doute qu'il aurait exercé son pouvoir discrétionnaire, accordé l'arrêt des procédures et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le procès aurait alors pu recommencer avec un nouveau jury, et le témoignage de Gabriel aurait été entendu dans le contexte approprié, c'est-à-dire dans le cadre de la preuve du ministère public. Il y aurait lieu d'accueillir le pourvoi pour ce motif et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

B. *Admissibility and Use of Character Evidence*

It is not essential to determine whether the trial judge properly admitted and instructed the jury on the evidence of bad character of the accused. The admissibility of the evidence tendered in the new trial is properly a matter for the trial judge's discretion, applying the relevant principles of law. However, since this issue was argued and it may be helpful to the judge presiding at the new trial, I will briefly address it.

(1) Applicable Principles

It is trite law that "character evidence which shows only that the accused is the type of person likely to have committed the offence in question is inadmissible" (emphasis in original): see for example *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at pp. 201-2; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, at p. 730. However, there are three general exceptions under which evidence of bad character of the accused can be adduced:

- (1) where the evidence is relevant to an issue in the case: see, for example, *Morris, supra*, at p. 202; *B. (F.F.)*, *supra*, at p. 731. See also *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654, at pp. 672-74; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, at para. 135, *per Cory J.*
- (2) where the accused puts her character in issue: see, for example, *R. v. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (Ont. C.A.), at p. 352, leave to appeal granted on other grounds (1981), 56 C.C.C. (2d) 576 (S.C.C.);
- (3) where the evidence is adduced incidentally to proper cross-examination of the accused on her credibility: see, for example, *Lucas v. The Queen*, [1963] 1 C.C.C. 1 (S.C.C.); *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293.

B. *Admissibilité et utilisation de la preuve de moralité*

Il n'est pas essentiel de déterminer si le juge du procès a eu raison d'admettre la preuve de mauvaise moralité de l'accusée et de donner des directives au jury à ce sujet. L'admissibilité de la preuve soumise dans le cadre du nouveau procès est une question que le juge du procès peut valablement trancher dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en appliquant les principes de droit pertinents. Toutefois, comme cette question a été débattue et qu'elle peut éclairer le juge qui présidera le nouveau procès, je l'examinerai brièvement.

(1) Les principes applicables

Il est bien établi en droit que «la preuve de moralité qui démontre seulement que l'accusé est le genre de personne susceptible d'avoir commis l'infraction en cause [est inadmissible]» (souligné dans l'original): voir, par exemple, *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, aux pp. 201 et 202; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, à la p. 730. Il existe cependant trois exceptions générales en vertu desquelles une preuve de mauvaise moralité de l'accusé peut être produite:

- (1) lorsque la preuve se rapporte à une question en litige: voir, par exemple, *Morris*, précité, à la p. 202; *B. (F.F.)*, précité, à la p. 731. Voir aussi *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654, aux pp. 672 à 674; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, au par. 135, le juge Cory.
- (2) lorsque l'accusé met sa moralité en cause: voir, par exemple, *R. c. McNamara (No. 1)* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.), à la p. 352, autorisation de pourvoi accordée pour d'autres motifs (1981), 56 C.C.C. (2d) 576 (C.S.C.);
- (3) lorsque la preuve est produite incidemment dans le cours du contre-interrogatoire régulier de l'accusé sur sa crédibilité: voir, par exemple, *Lucas c. The Queen*, [1963] 1 C.C.C. 1 (C.S.C.); *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293.

62

63

In my view, the evidence of bad character of the accused in the instant appeal was admissible as relevant to significant issues in the case, and it is therefore unnecessary to consider whether it might also have been properly admitted under the other two exceptions to the exclusionary rule.

⁶⁴ Evidence which incidentally demonstrates bad character can also be directly relevant to a key element of the Crown's theory of the case, such as motive, opportunity or means: see *R. v. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (Ont. C.A.); *Hinchey, supra*, at para. 135. Evidence of motive, for example, is always relevant in that it makes it more likely that the accused committed the crime, although it is not an essential element of criminal responsibility: *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821.

⁶⁵ Evidence which is directly relevant to the Crown's theory of the case is admissible even though it may also demonstrate the bad character of the accused, as long as its probative value outweighs its prejudicial effect: *B. (F.F.), supra*, at p. 731. Even if evidence is admissible under this exception, it is clear that it still cannot be used to determine guilt simply on the basis that the accused is the type of person to commit the crime: *B. (F.F.), supra*. The trial judge has a duty to charge the jury in this regard, and to warn them against the improper use of the evidence.

⁶⁶ The appellant argues that a trier of fact cannot use such evidence to assess the general credibility of the accused by inferring from the bad character of the accused that she is not likely to tell the truth. I cannot accept that contention. Once evidence of bad character is adduced because it is relevant to an issue in the case, it can properly be used in assessing the general credibility of the accused. As long as the evidence is not used for the purpose of finding guilt on the basis of the accused's alleged propensity to commit the crime, the jury can take the evidence into account in assessing the accused's testimonial trustworthiness.

Selon moi, la preuve de mauvaise moralité de l'accusée dans le présent pourvoi était admissible parce qu'elle se rapporte à d'importantes questions en litige en l'espèce, et il n'est donc pas nécessaire de déterminer si elle aurait également pu être légitimement admise sous le régime des deux autres exceptions à la règle d'exclusion.

La preuve qui démontre incidemment la mauvaise moralité peut également avoir directement trait à un élément central de la thèse du ministère public comme le mobile, l'occasion ou les moyens: *R. c. Davison* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (C.A. Ont.); *Hinchey*, précité, au par. 135. La preuve du mobile, par exemple, est toujours pertinente puisqu'il devient plus vraisemblable que l'accusé ait commis le crime, même si elle ne constitue pas un élément essentiel de la responsabilité criminelle: *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821.

La preuve qui se rapporte directement à la thèse du ministère public est admissible même si elle peut également démontrer la mauvaise moralité de l'accusé, à condition que sa valeur probante l'emporte sur son effet préjudiciable: *B. (F.F.), précité*, à la p. 731. Même si la preuve est admissible en vertu de cette exception, il est évident qu'elle ne peut toujours pas être utilisée pour déterminer la culpabilité simplement parce que l'accusé est le genre de personne susceptible de commettre le crime: *B. (F.F.), précité*. Le juge du procès a l'obligation de donner des directives au jury à cet égard et de le mettre en garde contre l'utilisation inappropriée de la preuve.

L'appelante fait valoir que le juge des faits ne peut pas utiliser pareille preuve pour évaluer la crédibilité générale de l'accusée en déduisant de sa mauvaise moralité qu'elle ne dira probablement pas la vérité. Je ne peux pas souscrire à cet argument. Lorsqu'une preuve de mauvaise moralité a été produite parce qu'elle se rapporte à une question en litige dans l'affaire, elle peut légitimement être utilisée pour évaluer la crédibilité générale de l'accusé. Tant que la preuve n'est pas utilisée dans le but d'établir la culpabilité de l'accusé en se fondant sur sa propension présumée à commettre le crime, le jury peut en tenir compte pour évaluer la fiabilité de son témoignage.

In *Davison, supra*, Martin J.A. stated at pp. 441-42 that:

An accused who gives evidence has a dual character. As an accused he is protected by an underlying policy rule against the introduction of evidence by the prosecution tending to show that he is a person of bad character, subject, of course, to the recognized exceptions to that rule. As a witness, however, his credibility is subject to attack. If the position of an accused who gives evidence is assimilated in every respect to that of an ordinary witness he is not protected against cross-examination with respect to discreditable conduct and associations.

In my view the policy rule which protects an accused against an attack upon his character lest it divert the jury from the issue which they are called upon to decide, namely, the guilt or innocence of the accused on the specific charge before the Court, is not wholly subordinated to the rule which permits an accused who elects to give evidence to be cross-examined on the issue of his credibility. In this area of the law, as in so many areas, a balance has been struck between competing interests. . . .

In that case, it was concluded that the accused could not be directly cross-examined on his bad character solely to show that he as a person is not likely to tell the truth.

In *R. v. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557 (Ont. C.A.), at p. 565, Martin J.A. explained his reasoning in *Davison* in this manner:

That case stands for the proposition that, subject to the exceptions . . . an accused may not be cross-examined as to previous bad conduct and disreputable associations for the purpose of leading to the conclusion that by reason of his bad character (disposition) the accused is not testimonially trustworthy. It does not, however, hold that where evidence of the accused's bad character is properly before the jury it cannot be used in assessing his credibility.

Martin J.A. wisely concluded that, where evidence of bad character is properly admissible under one

Dans l'arrêt *Davison*, précité, le juge Martin a dit aux pp. 441 et 442:

[TRADUCTION] L'accusé qui témoigne a deux qualités. En tant qu'accusé il est protégé par une règle fondamentale de politique générale qui interdit à la poursuite de produire des éléments de preuve tendant à démontrer sa mauvaise moralité, sous réserve évidemment des exceptions reconnues à cette règle. En sa qualité de témoin, cependant, sa crédibilité peut être attaquée. Si la situation d'un accusé qui témoigne est assimilable à tous les égards à celle d'un témoin ordinaire, il n'y a rien qui s'oppose à ce qu'il soit contre-interrogé sur toute conduite déshonorante qu'il a pu avoir et sur sa fréquentation d'individus louches.

À mon avis, la règle de politique générale qui met un accusé à l'abri de toute contestation de sa bonne moralité, de crainte que le jury ne soit détourné de la question qu'il est appelé à trancher, savoir celle de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé relativement à l'accusation précise dont la cour se trouve saisie, n'est pas complètement subordonnée à la règle permettant qu'un accusé qui choisit de témoigner soit contre-interrogé sur la question de sa crédibilité. Dans ce domaine du droit, comme dans bien d'autres, un équilibre a été établi entre des intérêts contradictoires . . .

Dans cette affaire, il a été conclu que l'accusé ne pouvait pas être contre-interrogé directement sur sa mauvaise moralité dans le seul but de démontrer qu'il n'est pas une personne susceptible de dire la vérité.

Dans l'arrêt *R. c. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557 (C.A. Ont.), à la p. 565, le juge Martin a expliqué son raisonnement dans l'arrêt *Davison*, en ces termes:

[TRADUCTION] Cet arrêt appuie l'affirmation selon laquelle, sous réserve des exceptions [. . .], un accusé ne peut être contre-interrogé sur toute conduite répréhensible qu'il a eue et sur sa fréquentation d'individus louches dans le but d'amener à conclure que, du fait de sa mauvaise moralité (propension), l'accusé n'est pas digne de confiance comme témoin. Cet arrêt n'établit toutefois pas que si la preuve de mauvaise moralité de l'accusé a été légitimement soumise au jury, elle ne peut pas être utilisée pour évaluer sa crédibilité.

Le juge Martin a sagement conclu que si la preuve de mauvaise moralité est admissible à bon droit en

of the exceptions — such as where it is relevant to an issue in the case — it can be used as a basis for the inference that the accused's general credibility is questionable. It may not be conclusive on this point, but it is a factor that the trier of fact can take into account in assessing the reliability of the accused's evidence. This approach is eminently sound and reasonable.

vertu de l'une des exceptions, notamment si elle se rapporte à une question en litige dans l'affaire, elle peut servir de fondement à la conclusion selon laquelle la crédibilité générale de l'accusé est douteuse. Elle n'est peut-être pas décisive sur ce point, mais c'est un facteur que le juge des faits peut prendre en considération pour évaluer la fiabilité du témoignage de l'accusé. Cette démarche est éminemment sensée et raisonnable.

⁶⁹ Policy dictates that evidence introduced for the sole purpose of demonstrating propensity should be ruled inadmissible because of the potential prejudice to the accused. Yet it is clear that these policy reasons do not weigh so heavily that the evidence cannot be admitted when it is relevant to an issue presented in the case: see for example *Morris, supra*; *B. (F.F.), supra*. In those circumstances, it has been sensibly held that juries can be trusted not to use such evidence for the impermissible purpose of determining guilt on the basis of propensity alone, so long as proper instructions are given in this regard: *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 693-94.

La politique générale veut que la preuve produite dans le seul but de démontrer la propension de l'accusé devrait être déclarée inadmissible parce qu'elle peut lui être préjudiciable. Néanmoins, ces raisons de principe ne sont manifestement pas importantes au point d'empêcher l'admission d'un élément de preuve qui se rapporte à une question en litige dans l'affaire: voir, par exemple, *Morris, précité*; *B. (F.F.), précité*. Dans ces circonstances, il a été judicieusement statué qu'on peut compter sur les jurys pour ne pas utiliser cette preuve dans le but inadmissible de déterminer la culpabilité en fonction de la propension seulement, pourvu qu'on leur donne des directives appropriées à cet égard: *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, aux pp. 693 et 694.

⁷⁰ To require a jury to compartmentalize its thinking even further than this would be artificial and unnecessarily convoluted. It is a matter of common sense that evidence of bad character may reflect badly on the accused's credibility, and that the jury can use it as a factor in determining if the accused is likely to be telling the truth. This is not the same thing as suggesting that the accused is guilty because she is a bad person, or may have a disposition to commit the type of crime for which she is charged.

Il serait artificiel et inutilement compliqué d'exiger des membres d'un jury qu'ils compartimentent davantage leur pensée. Cela va de soi que la preuve de mauvaise moralité peut nuire à la crédibilité de l'accusé et que le jury peut l'utiliser comme facteur pour déterminer si l'accusé est susceptible de dire la vérité. Ce n'est pas la même chose que de supposer que l'accusé est coupable parce qu'il est une mauvaise personne ou peut avoir une propension à commettre le genre de crime qui lui est reproché.

⁷¹ In *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 612, McLachlin J. made the eminently sound observation that:

Dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 612, le juge McLachlin a fait la remarque éminemment judicieuse suivante:

The idea that a complainant's credibility might be affected by whether she has had other sexual experience is today universally discredited. There is no logical or practical link between a woman's sexual reputation and whether she is a truthful witness.

L'idée que la crédibilité de la plaignante puisse être touchée par le fait qu'elle a eu d'autres rapports sexuels est aujourd'hui universellement rejetée. Il n'existe aucun lien logique ou pratique entre la réputation sexuelle d'une femme et sa crédibilité en tant que témoin.

Read in isolation, this statement might be taken to suggest that there is never a logical connection between the bad character of a witness and the credibility of that witness. It must be remembered, however, that the position advanced in *Seaboyer, supra*, addressed the highly prejudicial use of evidence of sexual reputation in the context of a sexual assault complaint. There is indeed no logical link between a woman's sexual reputation and whether she is a truthful witness. That comment does not stand for the proposition that evidence of bad character cannot in any circumstances be logically probative on the issue of credibility. It does not hold that where evidence of bad character is properly before the jury, it cannot be used in assessing credibility. This is the position taken by Martin J.A. in *Hogan, supra*, and I agree with his conclusion.

The trier of fact will consider all the evidence before it in assessing the general credibility of witnesses, including the accused. A judge sitting alone or a jury has the opportunity to observe demeanour, to hear the testimony of the witnesses and to assess all the evidence presented. All of this will be taken into account in assessing the credibility of the accused, or any other witness. Testimony as to bad character will not be the only evidence that is relevant to credibility. It may be contradicted by the accused's demeanour, or by other evidence supporting the accused. It will simply be one factor among many that will lead the trier of fact to form an impression as to the truthfulness of the accused. Provided an appropriate direction is given, it does not materially increase the risk that the accused will be convicted on the basis of her disposition, rather than for committing the acts that are the subject of the charge.

As long as evidence of bad character is properly before the jury on an issue in the case, and its prejudicial effect is outweighed by its probative value,

Prise isolément, cette remarque pourrait être interprétée comme donnant à entendre qu'il n'existe jamais de lien logique entre la mauvaise moralité d'un témoin et sa crédibilité. Il ne faut toutefois pas oublier que la thèse défendue dans *Seaboyer, précité*, avait trait à l'utilisation extrêmement préjudiciable d'une preuve de réputation sexuelle dans le contexte d'une plainte d'agression sexuelle. Il n'existe effectivement aucun lien logique entre la réputation sexuelle d'une femme et sa crédibilité en tant que témoin. Cette remarque ne revient pas à dire qu'une preuve de mauvaise moralité ne peut dans aucune circonstance être logiquement probante sur la question de la crédibilité. Elle ne signifie pas qu'une preuve de mauvaise moralité légitimement soumise au jury ne peut pas être utilisée pour évaluer la crédibilité. C'est le point de vue qu'a adopté le juge Martin dans l'arrêt *Hogan, précité*, et je souscris à sa conclusion.

Le juge des faits tiendra compte de tous les éléments de preuve avant d'évaluer la crédibilité générale des témoins, y compris celle de l'accusé. Un juge siégeant seul ou un jury a la possibilité d'observer l'attitude des témoins, d'entendre les témoignages et d'évaluer tous les éléments de preuve qui sont soumis. Tous ces facteurs entreront en ligne de compte pour évaluer la crédibilité de l'accusé ou d'un autre témoin. Un témoignage portant sur la mauvaise moralité ne sera pas le seul élément de preuve qui se rapporte à la crédibilité. Ce témoignage peut être contredit par l'attitude de l'accusé, ou par d'autres éléments de preuve qui lui sont favorables. Il s'agira simplement d'un facteur parmi d'autres qui amènera le juge des faits à se faire une idée sur la sincérité de l'accusé. Pourvu qu'une directive appropriée soit donnée, ce témoignage n'accroît pas sensiblement le risque que l'accusé soit déclaré coupable en raison de sa propension, plutôt que parce qu'il a commis les actes qui lui sont reprochés.

Dans la mesure où le jury a été valablement saisi d'une preuve de mauvaise moralité qui se rapporte à une question en litige dans l'affaire et où la valeur probante de cette preuve l'emporte sur son effet préjudiciable, il ne devrait pas être interdit au

72

73

then a jury should not be prevented from using the evidence to assess the credibility of the accused.

(2) Application of These Principles to the Case at Bar

74

It is clear that the evidence of the accused's sexual relationship with H.M. was not adduced simply to show that she was more likely to have committed the crime because of her bad character. This evidence was relevant to an important issue in the case, namely, the ability of the accused to exercise such exceptional control over the boys that she could persuade them to assault and kill another boy. It was therefore properly admissible, subject to a determination that its probative value outweighed its prejudicial effect. The trial judge concluded that the probative value of the evidence did outweigh its prejudicial effect. I make no comment on this conclusion, since this weighing must now be left for the judge presiding at the new trial.

75

In the Court of Appeal, the accused did not challenge the admissibility of the evidence that there was stolen property located in her home. In my view, Low J. was correct that the evidence of the presence of stolen property in the house prior to the killing was properly admissible. The Crown's theory was that S.G.G.'s motive for directing the killing of J.B. was that she thought he was a "rat". The exact nature of the illegal activity about which he was supposed to have informed the police is not clear in the evidence, since different witnesses testified to different theories. The evidence of the stolen property was therefore clearly relevant to the motive for S.G.G.'s actions. It would be admissible on this basis, even though it also demonstrated S.G.G.'s unsavoury character, as long as its probative value outweighed its prejudicial effect. The trial judge did not explicitly weigh the prejudicial effect of this evidence against its probative value. This task must also be left for the judge presiding at the new trial.

jury d'utiliser cette preuve pour évaluer la crédibilité de l'accusé.

(2) L'application de ces principes à l'espèce

Il ne fait aucun doute que la preuve des relations sexuelles que l'accusée a eues avec H.M. n'a pas été produite simplement pour démontrer qu'elle était plus susceptible d'avoir commis le crime en raison de sa mauvaise moralité. Cette preuve était pertinente quant à une importante question en litige dans l'affaire, c'est-à-dire la capacité de l'accusée d'avoir une emprise si exceptionnelle sur les garçons qu'elle pouvait les convaincre d'agresser et de tuer un autre garçon. Cette preuve était donc admissible à bon droit, à condition qu'il soit établi que sa valeur probante l'emportait sur son effet préjudiciable. Le juge du procès a conclu que la valeur probante de la preuve l'emportait sur son effet préjudiciable. Je ne fais aucun commentaire sur cette conclusion puisque c'est au juge qui présidera le nouveau procès qu'il appartient maintenant d'analyser la question.

Devant la Cour d'appel, l'accusée n'a pas contesté l'admissibilité de la preuve démontrant que des biens volés se trouvaient dans sa maison. À mon avis, le juge Low a eu raison de conclure que la preuve de la présence de biens volés dans la maison avant la perpétration du crime était légitimement admissible. Selon la thèse du ministère public, S.G.G. a ordonné de tuer J.B. parce qu'elle croyait qu'il était un «mouchard». La nature exacte de l'activité illégale que J.B. aurait dénoncée à la police n'est pas claire dans la preuve, puisque différents témoins ont énoncé différentes théories. La preuve de la présence de biens volés était donc manifestement pertinente quant au mobile des actes de S.G.G. Elle était admissible pour cette raison, même si elle établissait également la réputation louche de S.G.G., pourvu que sa valeur probante l'ait emporté sur son effet préjudiciable. Le juge du procès n'a pas explicitement analysé l'effet préjudiciable de cette preuve par rapport à sa valeur probante. Il appartient également au juge qui présidera le nouveau procès de faire cette analyse.

Low J. properly charged the jury regarding the permissible use of the evidence, as required by *B. (F.F.)*, *supra*. The charge stressed on several occasions that the accused could not be convicted on the basis that she was more likely to have committed the crime because of her bad character. The jury was warned against determining guilt because they thought the accused was immoral or an inadequate mother. Although Low J. did not specifically state that the evidence could be used to demonstrate motive, this failure did not prejudice the accused. Finally, it was not an error to charge the jury that the evidence could also be used to assess the general credibility of the accused.

V. Disposition

The appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal set aside and a new trial directed.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — What happens when a person comes forward with important evidence for the prosecution late in a criminal trial? Can the judge permit the evidence to go in even though the prosecution has long since closed its case? Or must the trial continue without the evidence, as important as it may be? These are the questions at the heart of this appeal.

My colleague Justice Cory would allow the appeal and direct a new trial. Although he agrees that the late evidence arose *ex improviso* in that it was unforeseen and emerged through no fault of the Crown, he concludes that the late evidence should not have been admitted because it rendered the trial unfair, violating the accused's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and*

Le juge Low a fourni au jury des directives appropriées sur l'utilisation acceptable de la preuve, comme l'exige l'arrêt *B. (F.F.)*, précité. Dans son exposé, il a insisté à plusieurs reprises que le jury ne pouvait pas déterminer la culpabilité de l'accusée en se fondant sur le fait qu'elle était plus susceptible d'avoir commis le crime en raison de sa mauvaise moralité. Le jury a été mis en garde contre le fait de reconnaître la culpabilité de l'accusée parce qu'il pensait qu'elle était immorale ou une mauvaise mère. Bien que le juge Low n'ait pas expressément déclaré que la preuve pouvait être utilisée pour démontrer l'existence d'un mobile, cette omission n'a pas été préjudiciable à l'accusée. En dernier lieu, le juge Low n'a pas commis d'erreur en mentionnant au jury que la preuve pouvait également être utilisée pour évaluer la crédibilité générale de l'accusée.

V. Dispositif

Le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est infirmé et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Que se passe-t-il lorsqu'une personne offre un élément de preuve important pour la poursuite vers la fin d'un procès criminel? Le juge peut-il autoriser la présentation de l'élément de preuve même si la poursuite a depuis longtemps déclaré sa preuve close? Ou le procès doit-il se poursuivre sans cet élément de preuve, si important soit-il? Ce sont là les questions primordiales du présent pourvoi.

Mon collègue le juge Cory est d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Bien qu'il convienne que le témoignage tardif est survenu à l'improviste puisqu'il était imprévisible et que ce n'est pas la faute du ministère public s'il est survenu à ce moment-là, il conclut que ce témoignage n'aurait pas dû être admis parce qu'il a rendu le procès inéquitable, d'où l'atteinte aux droits garantis à l'accusé par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour

76

77

78

79

Freedoms. For the reasons that follow, I come to a different conclusion.

I. When is the Crown Entitled to Reopen Its Case?

A. *The Situation at Common Law*

80 Traditionally, the common law rule was that a trial judge only had the discretion to permit the Crown to reopen its case in the third stage of the trial (i.e., when the defence had started to answer the case before him) in situations where some matter arose *ex improviso* which no human ingenuity could have foreseen: *R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (B.C.C.A.); *R. v. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168. This discretion was broadened by the English Court of Criminal Appeal in *R. v. McKenna* (1956), 40 Cr. App. R. 65, where the trial judge, after the defence argued that there was no case to go to the jury, permitted the Crown to reopen its case to fill a technical gap. Byrne J., for the court, at pp. 66-67 stated:

... a judge ... 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.

81 This statement was adopted by this Court, *per* Pigeon J., in *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728, and applied to permit crucial evidence of identification to be called after both the case for the Crown and the defence had been closed and after Crown counsel had concluded its address to the jury. The Court ruled that 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 *ex improviso* limitation. A court of appeal can only interfere with the trial judge's discretion if it is shown that an injustice has resulted or there was prejudice to the accused.

les motifs qui suivent, j'arrive à une conclusion différente.

I. Quand le ministère public peut-il rouvrir sa preuve?

A. *La situation en common law*

Selon la règle consacrée de common law, le juge qui préside un procès était investi du pouvoir discrétionnaire de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve à la troisième étape du procès (c.-à-d., après que la défense a commencé à répondre à la preuve qui lui a été présenté) dans les cas où un fait, que l'esprit humain ne pouvait prévoir, survenait à l'improviste: *R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (C.A.C.-B.); *R. c. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168. La Court of Criminal Appeal de l'Angleterre a élargi ce pouvoir discrétionnaire dans l'arrêt *R. c. McKenna* (1956), 40 Cr. App. R. 65, où le juge du procès, après que la défense eut fait valoir qu'il n'y avait aucune preuve à soumettre à l'appréciation du jury, a permis au ministère public de rouvrir sa preuve pour combler une lacune d'ordre procédural. Le juge Byrne, au nom de la cour, a dit, aux pp. 66 et 67:

[TRADUCTION] ... un juge [...] a entière discrétion pour rappeler un témoin et la cour n'interviendra pas dans l'exercice de cette discrétion, sauf s'il semble qu'il en ait résulté une injustice.

Dans l'arrêt *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728, le juge Pigeon, au nom de notre Cour, a souscrit à cette affirmation, qu'il a appliquée pour permettre la présentation d'une preuve d'identification cruciale après que le ministère public et la défense eurent déclaré leur preuve close et après que le substitut du procureur général eut terminé son réquisitoire au jury. La Cour a statué que le juge qui préside un procès peut autoriser le ministère public à présenter des éléments de preuve supplémentaires après qu'il a déclaré sa preuve close, et ce pouvoir discrétionnaire n'est pas assujéti à l'exception stricte du fait qui survient à l'improviste. Une cour d'appel ne doit s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès que s'il est démontré qu'il en a résulté une injustice ou que l'accusé a subi un préjudice.

B. *The Situation Post-Charter*

The next question is whether the adoption of the *Charter* has changed the common law. The *Charter* confirmed the right of the accused to a fair trial expressly by s. 11(d) and the right to make full answer and defence by implication from s. 7. However, this does not preclude deviations from the usual order of calling evidence where necessary to get at the truth. As this Court, *per Cory J.*, stated in *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482, a case concerned with the Crown's right to call rebuttal evidence, at pp. 498-99:

The course of a trial, particularly a criminal trial, must be based upon rules of fairness so as to ensure the protection of the individual accused. However, the rules should not go so far as to deprive the trier of fact of important evidence, that can be helpful in resolving an essential element of the case.

In *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, this Court considered the issue of whether the Crown could reopen its case to amend dates in the indictment. Unlike the case at bar, there was no issue of introducing late evidence which comes to light *ex improviso*. The Court ruled, 5-4, that the amendment could not be made. However, all members agreed that the amendment was in the discretion of the trial judge and that the test for reopening is whether the accused will be prejudiced in his or her right to make full answer and defence. The majority and minority differed on whether, on the facts of the case, that test was met. The majority concluded that it had been met, emphasizing the fact that in its view changing the dates in the indictment changed the case the accused had to meet and that permitting the change might deprive the accused of his planned defence and force him to take the stand, thereby violating the accused's privilege against self-incrimination. The majority also expressed concern that to permit the amendment would amount to compelling the defence to assist the Crown. The minority, on the other hand, took the view that there was no prejudice which would offset the value of allowing the erroneous date to be corrected. L'Heureux-Dubé J. stated that

B. *La situation depuis l'adoption de la Charte*

La question suivante est celle de savoir si l'adoption de la *Charte* a modifié la common law. La *Charte* a confirmé expressément à l'al. 11d) le droit de l'accusé à un procès équitable et, implicitement à l'art. 7, le droit à une défense pleine et entière. Toutefois, ces garanties n'empêchent pas les dérogations à l'ordre habituel de présentation de la preuve lorsque la recherche de la vérité l'impose. Comme le juge Cory de notre Cour l'a dit dans l'arrêt *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482, qui porte sur le droit du ministère public de présenter une contre-preuve, aux pp. 498 et 499:

Un procès, plus particulièrement un procès criminel, doit se dérouler conformément aux règles d'équité de façon à garantir la protection de la personne accusée. Toutefois, les règles ne devraient pas aller jusqu'à priver le juge des faits d'éléments de preuve importants, susceptibles d'être utiles à la solution d'un élément essentiel du litige.

Dans l'arrêt *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, notre Cour a examiné la question de savoir si le ministère public pouvait rouvrir sa preuve pour modifier des dates précisées dans l'acte d'accusation. Contrairement à la présente affaire, il n'y était pas question de présentation de preuve tardive survenant à l'improviste. Cinq des neuf juges de la Cour ont statué que la modification ne pouvait pas être apportée. Cependant, tous les juges ont convenu que la modification relevait du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et que le critère qui régit la réouverture de la preuve est celui de savoir si l'accusé sera lésé dans son droit à une défense pleine et entière. Les juges majoritaires et minoritaires n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si, eu égard aux faits de l'espèce, ce critère avait été respecté. Les juges majoritaires ont conclu que ce critère avait été respecté, faisant ressortir que, selon eux, la modification des dates précisées dans l'acte d'accusation modifiait la preuve à laquelle l'accusé devait répondre, et que cette modification, si elle était permise, pourrait priver l'accusé de la défense qu'il prévoyait faire et l'obliger à témoigner, portant ainsi atteinte à son droit de ne pas s'incriminer. Les juges majoritaires se sont également préoccupés du fait que permettre

82

83

“[m]ere technicalities cannot be allowed to hamper the administration of justice . . . particularly where no prejudice of any kind can result to the accused” (pp. 591-92). In summary, *P. (M.B.)*, although dealing with a different situation from that at bar, affirmed the discretion of the trial judge to adjust the trial process to deal with late developments.

la modification équivaldrait à contraindre la défense à assister le ministère public. En revanche, les juges minoritaires étaient d’avis qu’il n’existait aucun préjudice neutralisant l’importance de permettre la correction de la date erronée. Le juge L’Heureux-Dubé a dit que «[l]’administration de la justice ne saurait être entravée par de simples formalités [. . .] particulièrement lorsqu’aucun préjudice ne saurait en résulter pour l’accusé» (pp. 591 et 592). Bref, même si l’arrêt *P. (M.B.)* traitait d’une situation différente de celle de l’espèce, il a confirmé le pouvoir discrétionnaire qu’a le juge du procès d’adapter le déroulement de l’instance aux faits nouveaux qui surviennent.

84 The rule, both before and after the *Charter*, thus appears clear. The trial judge may permit the Crown to call evidence after it has closed its case. The test is “whether the accused will suffer prejudice in the legal sense — that is, will be prejudiced in his or her defence”: *P. (M.B.)*, *supra*, at p. 568. The decision is in the discretion of the trial judge and should not be interfered with on appeal unless the accused has suffered an injustice.

La règle, que ce soit avant ou après l’adoption de la *Charte*, paraît donc claire. Le juge du procès peut autoriser le ministère public à présenter un élément de preuve une fois qu’il a déclaré sa preuve close. Le critère qui s’applique est celui de savoir «si l’accusé subirait un préjudice au sens juridique, c.-à-d. s’il serait lésé dans sa défense»: *P. (M.B.)*, précité, à la p. 568. La décision relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et ne devrait être modifiée en appel que si l’accusé a subi un préjudice.

85 The difficulty arises not from the statement of the rule, which all members of this Court accepted in *P. (M.B.)*, but in its application. The importance of this appeal is that it compels the Court to explore this application. In particular, it compels the Court to confront the question of what is required to establish that the accused will be prejudiced in his or her defence.

La difficulté réside dans l’application et non dans l’énoncé de la règle, que tous les juges de notre Cour ont accepté dans l’arrêt *P. (M.B.)*. Le présent pourvoi est important parce qu’il oblige la Cour à étudier à fond l’application de cette règle. En particulier, il oblige la Cour à examiner la question de la preuve qui doit être produite pour démontrer que l’accusé sera lésé dans sa défense.

II. What Constitutes Prejudice to the Accused?

II. En quoi consiste un préjudice causé à l’accusé?

86 Cory J. suggests that during the third stage of the trial, after the defence has started to present its case, prejudice from the admission of new evidence can be presumed. He states that if any onus rests on the accused to show prejudice, the onus is discharged when counsel for the accused argues that the defence might have been different if the late evidence had been received as part of the Crown’s case. The possibility that the defence might have been different suffices to require the trial judge to reject the new evidence and, failing a

Le juge Cory estime qu’à la troisième étape du procès, c’est-à-dire après que la défense a commencé à présenter sa preuve, on peut présumer qu’un préjudice découlera de l’admission de nouveaux éléments de preuve. À son avis, s’il incombe à l’accusé de démontrer l’existence d’un préjudice, celui-ci s’acquitte de ce fardeau lorsque son avocat soutient qu’il aurait pu conduire la défense autrement si l’élément de preuve tardif avait été présenté dans le cadre de la preuve du ministère public. La possibilité d’une défense différente

halt being called by a stay or order of mistrial, continue the trial without the evidence. Essentially, in Cory J.'s view, the accused need not show "prejudice in the legal sense". The speculative possibility that prejudice might be sustained suffices.

In my respectful opinion, this view is at odds with the settled jurisprudence and the practice of this and other common law courts. It amounts to abdication of the duty which has long been placed on judges to actively evaluate, in those rare cases where unforeseen evidence emerges late in the trial, whether receiving the evidence will actually prejudice the accused.

As outlined above, the common law rule which has been adopted and affirmed by the Court emphasizes two things. First, the decision to receive evidence presented late in the trial through no fault of the Crown is within the discretion of the trial judge. Second, an appeal court should not interfere with that discretion unless it appears that an injustice has resulted.

Both assertions are important to our understanding of how the rule is applied. The fact that the decision was treated as within the trial judge's discretion implies that the issue is one of weighing and balancing (otherwise it would be a matter of rule application, not discretion). To put it another way, the issue could theoretically be resolved in different ways. We trust to the trial judge's discretion — to the common sense, experience in judgment and appreciation of the dynamic of the trial at issue that the term "discretion" implies — to choose the solution best suited to the attainment of a just result, having regard, of course, to the paramount need to avoid prejudice to the accused. The second aspect of the rule — that a court of appeal will not interfere with the exercise of the discretion — reflects the discretionary nature of the judge's

suffit pour exiger du juge du procès qu'il rejette le nouvel élément de preuve et, à défaut d'interruption au moyen d'un arrêt des procédures ou d'une ordonnance d'annulation du procès, qu'il continue le procès sans cet élément de preuve. En gros, selon le juge Cory, l'accusé n'a pas besoin de démontrer l'existence d'un «préjudice au sens juridique». La possibilité théorique d'un préjudice est suffisante.

À mon sens, ce point de vue est incompatible avec la jurisprudence établie et la pratique de notre Cour et d'autres tribunaux de common law. Cela équivaut à une renonciation à l'obligation qui incombe depuis longtemps aux juges d'évaluer activement, dans les rares affaires dans lesquelles une preuve imprévue survient vers la fin du procès, si l'admission de cette preuve causera vraiment un préjudice à l'accusé.

Comme il est mentionné plus haut, la règle de common law qui a été adoptée et confirmée par notre Cour fait ressortir deux choses. Premièrement, la décision de recevoir une preuve qui a été présentée vers la fin du procès sans qu'il y ait eu faute de la part du ministère public relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Deuxièmement, une cour d'appel ne devrait pas s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, sauf s'il semble qu'il en ait résulté une injustice.

Ces deux affirmations sont importantes pour comprendre comment la règle est appliquée. Le fait que cette décision est considérée comme relevant du pouvoir discrétionnaire du juge du procès implique qu'il s'agit d'une question d'appréciation et de pondération (autrement, il s'agirait d'appliquer une règle et non d'exercer un pouvoir discrétionnaire). En d'autres termes, la question pourrait théoriquement être réglée de différentes façons. Nous nous en remettons au pouvoir discrétionnaire du juge du procès — c'est-à-dire au bon sens, à l'expérience dans l'exercice de l'esprit de jugement et à la compréhension de la dynamique du procès en question qu'implique le terme «pouvoir discrétionnaire» — pour choisir la solution la mieux adaptée à l'obtention d'un résultat juste, eu égard, évidemment, à la nécessité absolue d'éviter

87

88

89

decision and the deference that the law traditionally accords to such decisions.

de faire subir un préjudice à l'accusé. Le second aspect de la règle, à savoir qu'une cour d'appel ne s'immiscera pas dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, reflète la nature discrétionnaire de la décision du juge et la retenue que le droit a toujours manifestée envers de telles décisions.

90 Approaching the question of admission of evidence as a matter for the discretion of the judge on all the circumstances of the case accords with the philosophy of the *Charter*. Thus s. 24(2) mandates a discretionary inquiry grounded in the facts of a particular case in determining whether evidence taken in breach of *Charter* rights should be admitted. I see no reason to apply a different approach where the argument is that the evidence, although not taken in breach of the *Charter*, would result in a *Charter* breach if admitted.

Traiter l'admission de la preuve comme une question relevant du pouvoir discrétionnaire du juge eu égard à toutes les circonstances de l'espèce est conforme à la philosophie de la *Charte*. Ainsi, le par. 24(2) exige la tenue d'une enquête discrétionnaire fondée sur les faits d'une affaire donnée pour déterminer si un élément de preuve obtenu d'une manière qui porte atteinte aux droits protégés par la *Charte* devrait être admis. Il ne me paraît pas opportun de procéder différemment lorsque le moyen invoqué est que l'élément de preuve, bien qu'il n'ait pas été obtenu d'une manière qui contrevient à la *Charte*, violerait la *Charte* s'il était admis.

91 Since the issue is essentially a factual inquiry into the impact of the late evidence in a particular case, it is impossible to develop rules based on the stage at which the late evidence is tendered. While it may be suggested that the later the new evidence appears, the more difficult it may be to gain its admission (see *P. (M.B.)*), this is a predictive statement, not a rule of law. The cases show that evidence has been received even after the prosecution's address to the jury: *Robillard, supra*. In each case, the question is whether admitting the late evidence is likely to result in injustice or, in *Charter* language, to prejudice the right of the accused to a fair trial in which she can make full answer and defence.

Puisqu'il est fondamentalement question de procéder à une enquête factuelle sur l'effet de la production d'une preuve tardive dans une affaire particulière, il est impossible d'élaborer des règles fondées sur l'étape à laquelle la preuve est soumise. Quoiqu'on puisse dire que plus l'élément de preuve nouveau apparaît tardivement, plus il peut se révéler difficile de le faire admettre (voir *P. (M.B.)*), il s'agit d'une affirmation qui tient de la prédiction et non d'une règle de droit. Il ressort de la jurisprudence que des éléments de preuve ont été reçus même après le réquisitoire du ministère public au jury: *Robillard, précité*. Dans chaque affaire, la question qui se pose est celle de savoir si l'admission de l'élément de preuve tardif est susceptible d'entraîner une injustice ou, selon les termes de la *Charte*, de porter atteinte au droit de l'accusée à un procès équitable dans le cadre duquel elle peut présenter une défense pleine et entière.

92 I find no merit in the suggestion that the accused should not be obliged to prove prejudice to her right to make full answer and defence. The accused is not obliged to prove any element of the Crown's case, nor to prove her innocence. To require her to do so would be to violate her privi-

La proposition selon laquelle l'accusée ne devrait pas être obligée de prouver une atteinte à son droit à une défense pleine et entière me paraît injustifiée. L'accusée n'a pas à prouver quelque élément de la preuve du ministère public, ni son innocence. L'obliger à le faire reviendrait à porter

lege against self-incrimination. But procedural rights are a different matter. While important, they do not engage the principle against self-incrimination in the same way. There is nothing unfair in requiring an accused person to show that she has been or would be procedurally disadvantaged by a proposed ruling. The prime example is provided by the *Charter*, which places the burden of showing a breach of *Charter* rights on the accused in criminal proceedings.

It follows from these propositions that an application to permit evidence tendered late in the trial evokes an inquiry focussed on the facts and the circumstances of the trial. The question for the trial judge in exercising his or her discretion is whether, in all the circumstances, the accused has shown that her right to make full answer and defence would be prejudiced. There is no room for presumptions of prejudice.

Practical and policy considerations also support my conclusion that there is no room for presumptions of prejudice or abstract inferences of harm in applying the test of whether admission of unforeseen late evidence will prejudice the right of the accused to make full answer and defence. The presumptive approach to prejudice advocated by Cory J. would make it virtually impossible to introduce unforeseen evidence late in the day. Judges would be bound to reject applications for late evidence made at a certain stage, on the basis of presumed prejudice. It is difficult to conceive of any situation in which prosecution evidence could be presented after the defence has opened its case. The law has hitherto preserved the flexibility to deal with the rare (outside of fiction), but inevitable, case of evidence coming to light late in the day. That has been regarded as a good thing. A more rigid approach will deprive the law of this flexibility.

atteinte à son droit de ne pas s'incriminer. Cependant, les droits procéduraux sont une autre affaire. Bien qu'importants, ces droits ne font pas intervenir le principe interdisant l'auto-incrimination de la même façon. Il n'y a rien d'inéquitable dans le fait d'obliger une accusée à prouver qu'une décision prévue l'a défavorisée ou la défavoriserait sur le plan de la procédure. Le principal exemple est offert par la *Charte*, qui impose à l'accusé dans un procès criminel le fardeau de prouver qu'il y a eu atteinte aux droits qu'elle garantit.

Il découle de ces affirmations qu'une demande visant à obtenir la permission de présenter des éléments de preuve vers la fin d'un procès fait penser à une enquête axée sur les faits et les circonstances du procès. La question à laquelle doit répondre le juge du procès dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est de savoir si, eu égard à toutes les circonstances, l'accusée a démontré qu'elle serait lésée dans son droit à une défense pleine et entière. Il n'y pas de place pour les présomptions de préjudice.

Des considérations pratiques et de principe appuient également la conclusion à laquelle j'arrive que l'application du critère qui consiste à déterminer si l'admission d'une preuve tardive imprévue portera atteinte au droit de l'accusée à une défense pleine et entière ne se prête pas aux présomptions de préjudice ni aux déductions en ce sens faites dans l'abstrait. La démarche fondée sur la présomption de préjudice préconisée par le juge Cory ferait en sorte qu'il serait pratiquement impossible de présenter des éléments de preuve imprévus vers la fin d'un procès. La présomption de préjudice obligerait les juges à rejeter les demandes en ce sens présentées à un certain stade. Il est difficile d'imaginer une situation dans laquelle le ministère public pourrait présenter un élément de preuve après que la défense a commencé à répondre à la preuve. Le droit a jusqu'ici maintenu la souplesse nécessaire pour régler le cas rare (en dehors de la fiction), mais inévitable, de la preuve qui est découverte vers la fin du procès. On considère que c'est une bonne chose. Une démarche plus rigide privera le droit de cette souplesse.

93

94

95 This judicial inability to reopen cases to admit evidence that comes to light late in the day will mean that juries, after having heard days, weeks, or months of testimony, may be required to render a verdict in the absence of important evidence that everyone but the jurors knows about. The jurors, kept in the dark, may render a verdict which does not reflect the facts that others know about. This is an undesirable result, both for the case at bar and for the repute of the administration of justice as a whole.

96 Alternatively, one might suggest that the Crown could apply for a mistrial or stay the proceedings rather than allow the trial to proceed without the evidence. At this point, we enter a procedural labyrinth of uncertainty. Could a mistrial be granted where, on the record, the trial has proceeded in accordance with the law? As for a stay, it hardly seems a desirable way to resolve the proceedings in the absence of prejudice; a judicial stay, for example, is granted only in the rarest of cases upon factual demonstration of prejudice. Moreover, if a stay is entered, a new trial is unlikely. The accused would remain at large, charged but not tried. The closure so important to the victims of crime, the public and often the accused could not be achieved. The only way to bring the matter to a conclusion would seem to be for the trial judge to erroneously admit the new evidence. Then, on appeal, a new trial could be ordered. But even on this scenario, the result is a second trial with attendant additional expense and delay. All witnesses would have to testify again. For complainants, particularly in sexual assault cases, the emotional stress of reliving the events would be revisited upon them when they are forced to testify again at the second trial.

97 Faced with these disadvantages, we come to the reason why they are said to be justified — protec-

Le fait qu'un juge ne puisse rouvrir la preuve pour admettre des éléments de preuve qui sont découverts tardivement voudra dire que les jurés, après avoir entendu des témoignages pendant des jours, des semaines ou des mois, devront peut-être rendre un verdict en l'absence d'éléments de preuve importants qu'ils seront les seuls à ne pas connaître. Tenus dans l'ignorance, les jurés peuvent rendre un verdict qui ne correspond pas aux faits que d'autres connaissent. C'est un résultat inacceptable tant pour l'affaire dont nous sommes saisis que pour la considération dont jouit l'administration de la justice prise dans son ensemble.

Subsidiairement, on pourrait suggérer que le ministère public demande l'annulation du procès ou un arrêt des procédures au lieu de laisser le procès se poursuivre sans la preuve. On entre alors dans un labyrinthe d'incertitudes sur le plan de la procédure. Un procès pourrait-il être annulé s'il ressort du dossier qu'il s'est déroulé conformément aux règles de droit. Quant à l'arrêt des procédures, cela ne semble guère être une façon souhaitable de solutionner l'affaire en l'absence d'un préjudice; un arrêt des procédures, par exemple, n'est accordé que très rarement, sur présentation d'une preuve factuelle de l'existence d'un préjudice. Par ailleurs, si un arrêt est inscrit, il est peu probable qu'un nouveau procès aura lieu. Le prévenu demeurerait en liberté, accusé mais non jugé. La fermeture du dossier, qui est si importante pour les victimes d'actes criminels, le public et, souvent, l'accusé, ne pourrait pas avoir lieu. La seule façon de mener l'affaire à terme semblerait résider dans l'admission fautive de la nouvelle preuve par le juge du procès. La tenue d'un nouveau procès pourrait ensuite être ordonnée en appel. Toutefois, même ce scénario entraîne la tenue d'un deuxième procès, avec les frais et les retards supplémentaires qui s'y rattachent. Il faudrait rappeler tous les témoins à la barre. Quant aux plaignants, particulièrement les victimes d'agressions sexuelles, ils devront subir une autre fois le stress émotionnel de revivre les événements lorsqu'ils seront contraints de témoigner à nouveau au deuxième procès.

Ces inconvénients ayant été exposés, nous en venons à la raison pour laquelle ils seraient justi-

tion of the right of the accused to make full answer and defence. The question is simply put: can the right of the accused to make full answer and defence find adequate protection in the absence of a presumption of prejudice where unforeseen evidence comes forward at a late stage of the proceedings? In my view, it can. The trial judge is immersed in the case and fully aware of the rights of the accused. He or she is in the best position to determine whether, as a practical matter, reception of the evidence will prejudice the accused's rights. If the trial judge errs and it appears injustice has resulted, the court of appeal will correct the matter and order a new trial. These safeguards will amply protect the accused's right to make full answer and defence.

What standard should the judge use in deciding whether the accused's right to make full answer and defence would be prejudiced by reception of the late evidence? Is the standard a theoretical possibility that the accused's right to make full answer and defence will be prejudiced, a possibility grounded in the facts surrounding the trial, or a probability of prejudice? Byrne J. in *McKenna* spoke of the impropriety of an appeal court interfering with the judge's discretion "unless it appears that thereby an injustice has resulted" (pp. 66-67) (emphasis added). This suggests that a theoretical possibility of some injustice is insufficient.

There must be a reasoned basis, grounded in the facts of the case and the way the trial has unfolded and will unfold, for concluding that the accused's right to make full answer and defence will probably be prejudiced by receiving the new evidence. The prejudice must be specific and identifiable. The judge may be expected to address issues like the following. If the evidence had been introduced earlier, what would the defence have done differently and how would that have affected the outcome? Has the defence lost opportunities to develop evidence which might well have undermined the late evidence? Is the potential prejudice capable of being corrected by permitting the

fiés, à savoir la protection du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. La question est simple à formuler: le droit de l'accusé à une défense pleine et entière peut-il être protégé adéquatement en l'absence d'une présomption de préjudice si l'élément de preuve imprévu est offert à un stade avancé de l'instance? Je suis d'avis qu'il peut l'être. Le juge du procès est plongé dans l'affaire et tout à fait conscient des droits de l'accusé. Il est le mieux placé pour déterminer si, en pratique, l'admission de l'élément de preuve portera atteinte aux droits de l'accusé. Si le juge du procès commet une erreur et qu'une injustice semble avoir été commise, la cour d'appel corrigera l'erreur et ordonnera la tenue d'un nouveau procès. Ces garanties protégeront largement le droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

Quelle norme le juge devrait-il appliquer pour déterminer si l'admission de l'élément de preuve tardif léserait l'accusé dans son droit à une défense pleine et entière? Cette norme consiste-t-elle en la possibilité théorique d'une atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière, en une possibilité fondée sur les faits entourant le procès ou en une probabilité de préjudice? Le juge Byrne dans l'arrêt *McKenna* a parlé de l'inopportunité d'une immixtion par une cour d'appel dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge «s'il semble qu'il en ait résulté une injustice» (pp. 66 et 67) (je souligne). Cette affirmation autorise à penser que la possibilité théorique d'une injustice ne suffit pas.

Il doit exister des motifs, fondés sur les faits de l'espèce et sur la façon dont le procès s'est déroulé et se déroulera, pour pouvoir conclure que l'admission de l'élément de preuve nouveau portera vraisemblablement atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Le préjudice doit être précis et discernable. Le juge peut avoir à examiner des questions comme les suivantes. Si l'élément de preuve avait été présenté plus tôt, qu'est-ce que la défense aurait fait autrement et comment cela aurait-il modifié le résultat? La défense a-t-elle manqué des occasions de soumettre une preuve qui aurait peut-être pu affaiblir l'élément de preuve tardif? Peut-on réparer le préjudice éven-

98

99

defence time to cross-examine the witness, produce rebutting evidence, or recall witnesses who have earlier testified?

100 “Prejudice”, for the purposes of this inquiry, is used in the legal, procedural sense. The fact that the evidence tendered may be powerful evidence for the prosecution does not lead to a conclusion of prejudice. The inquiry into prejudice focuses not on the effect the evidence may have on the outcome of the trial, but on its effect on the accused’s right to make full answer and defence. The question is not whether the evidence may tend to convict the accused, but whether it is likely to convict him unjustly. The just or fair trial is one which gets at the truth, while respecting the fundamental right of the accused to make full answer and defence.

101 Nor does the inquiry into prejudice assume that the accused has a right to a trial conducted in accordance with a particular procedure. Rules of procedure are important aids to ensuring that trials are conducted fairly and accused persons are accorded the right to make full answer and defence. But they are not ends in themselves. They are the servants of justice, not its masters. Inevitably circumstances arise which make it necessary to deviate from this rule or that. The law permits this, provided that when the entire trial is viewed as a whole, it cannot be said that injustice has resulted or that an accused has been denied his right to make full answer and defence. The *Charter* guarantees the accused a fundamentally fair trial, not a perfect trial: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362 *per* La Forest J.; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562, at p. 587 *per* McLachlin J.

102 Finally, in exercising his or her discretion to admit late evidence, the judge must not overlook the importance of providing the trier of fact with the evidence it needs to resolve the issues before it. As Cory J. put it in *Aalders*, *supra*, “the rules should not go so far as to deprive the trier of fact of important evidence, that can be helpful to

tuel en donnant à la défense du temps pour contre-interroger le témoin, produire une contre-preuve ou rappeler des témoins à la barre?

Pour les fins de cet examen, le terme «préjudice» est employé au sens procédural et juridique. Le fait que l’élément de preuve soumis peut se révéler un élément de preuve puissant pour le ministère public ne permet pas de tirer une conclusion de préjudice. L’examen relatif au préjudice est axé non pas sur l’effet que la preuve peut avoir sur l’issue du procès, mais sur son effet sur le droit de l’accusé à une défense pleine et entière. La question n’est pas de savoir si la preuve peut tendre à faire reconnaître l’accusé coupable, mais de savoir si elle est susceptible de donner lieu à une déclaration de culpabilité injustifiée. Un procès juste ou équitable est un procès qui permet de découvrir la vérité tout en respectant le droit fondamental de l’accusé à une défense pleine et entière.

L’examen relatif au préjudice n’implique pas non plus que l’accusé a droit à un procès qui se déroule conformément à une procédure particulière. Les règles de procédure sont des outils importants pour garantir le déroulement équitable des procès et protéger le droit des accusés à une défense pleine et entière. Cependant, ce ne sont pas des fins en soi. Les règles de procédure sont au service de la justice; elles n’en sont pas les maîtres. Il se produit inévitablement des circonstances qui entraînent la dérogation à l’une ou l’autre de ces règles. Le droit le permet, à condition qu’il soit impossible d’affirmer, quand on considère le procès dans son ensemble, qu’il en a résulté une injustice ou qu’un accusé a été privé du droit à une défense pleine et entière. La *Charte* garantit à l’accusé un procès fondamentalement équitable, pas un procès parfait: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362, le juge La Forest; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, à la p. 587, le juge McLachlin.

Enfin, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire d’admettre une preuve tardive, le juge ne doit pas oublier qu’il est important de fournir au juge des faits les éléments de preuve dont il a besoin pour trancher les questions qui lui sont soumises. Comme le juge Cory le dit dans *Aalders*, précité, «les règles ne devraient pas aller jusqu’à priver le

resolving an essential element of the case” (pp. 498-99). Although the emphasis is on the protection of the accused during the third stage of the trial (*P. (M.B.)*, *supra*, at p. 570), society’s interest in the efficient administration of justice is still a valid consideration. The judge must consider both in deciding whether to admit evidence which appears for the first time late in the trial. The more serious the prejudice to the accused in allowing the evidence to be admitted, the less important are society’s interests.

In summary, the approach of presumptive or inferred prejudice suggested by Cory J. in this case is inconsistent with the approach taken by the English courts in cases like *McKenna* and this Court in cases like *Robillard* and *Aalders*, *supra*. The jurisprudence suggests that a trial judge has a discretion to receive unforeseen evidence late in the trial provided the accused’s right to make full answer and defence is not thereby prejudiced, and that absent apparent injustice, a court of appeal should not interfere with the exercise of this discretion. The same jurisprudence suggests that the inquiry before the trial judge is founded in the facts and circumstances of the particular case and that there is no presumption or automatic inference of prejudice. The question is whether in the particular circumstances of the case, actual prejudice to the right to make full answer and defence is likely to result. This approach protects both our system of justice and the accused’s *Charter* rights.

III. Application of Principles to the Facts

Against this background, I return to the events giving rise to this appeal. In my view, the trial judge made no error in exercising his discretion in favour of receiving the late evidence of Tracy Gabriel. The Court of Appeal approached the review of his decision by applying the right test. It asked whether, in the circumstances of the trial,

juge des faits d’éléments de preuve importants, susceptibles d’être utiles à la solution d’un élément essentiel du litige» (p. 499). Bien que l’accent soit mis sur la protection de l’accusé à la troisième étape du procès (*P. (M.B.)*, précité, à la p. 570), l’intérêt manifesté par la société à l’endroit de l’administration efficace de la justice demeure une considération valable. Le juge doit tenir compte des deux pour décider d’admettre une preuve qui apparaît pour la première fois vers la fin du procès. Plus l’admission de la preuve risque d’être préjudiciable à l’accusé, moins les intérêts de la société sont importants.

En résumé, la démarche fondée sur la présomption ou la déduction de préjudice proposée par le juge Cory en l’espèce est incompatible avec celle qu’ont suivie les tribunaux anglais dans des affaires comme *McKenna* et notre Cour dans des arrêts comme *Robillard* et *Aalders*, précités. La jurisprudence autorise à penser que le juge qui préside un procès a le pouvoir discrétionnaire de recevoir un élément de preuve imprévu vers la fin du procès pourvu que l’accusé ne soit pas de ce fait lésé dans son droit à une défense pleine et entière, et que, en l’absence d’une injustice apparente, une cour d’appel ne devrait pas s’immiscer dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. La même jurisprudence donne à entendre que l’examen qui se déroule devant le juge du procès est fondé sur les faits et les circonstances de l’espèce, et qu’il n’existe aucune présomption ni aucune déduction automatique de préjudice. La question consiste à savoir si, dans les circonstances particulières de l’espèce, l’accusé est susceptible d’être véritablement lésé dans son droit à une défense pleine et entière. Cette façon de faire protège à la fois notre système de justice et les droits que la *Charte* garantit à l’accusé.

III. Application des principes aux faits

Cela étant dit, je reviens aux événements qui sont à l’origine du présent pourvoi. À mon sens, le juge du procès n’a pas commis d’erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour admettre le témoignage tardif de Tracy Gabriel. La Cour d’appel a appliqué le critère approprié dans le cadre de l’examen de cette décision. Elle s’est demandé si,

103

104

admission of the late evidence prejudiced the accused's right to make full answer and defence. After a careful review of what would probably have happened had the evidence been presented as part of the prosecution's case, the Court of Appeal concluded that admission of the late evidence did not deprive the accused of a fair trial and did not violate her right to make full answer and defence. I come to the same conclusion.

105 First, I would distinguish this case from *P. (M.B.)*, *supra*, where the majority held that the accused was conscripted against himself. In the case at bar, the accused was not conscripted against herself in the sense that her evidence made the Crown aware of gaps in its case. The Crown was always aware that it did not have significant evidence to corroborate B.R.'s evidence. It was aware of the gap in its case from the outset, but was not aware that there was any corroborating evidence to fill that gap. It was not until Gabriel came forward late in the trial that the Crown was made aware that the gap in its case could potentially be filled.

106 The majority seems to suggest that the accused suffered prejudice because Gabriel's evidence was significant and useful to the Crown's case. As I indicated above, this is not a demonstration of actual legal prejudice. The evidence would have been equally significant and useful had the evidence been introduced during the Crown's case. An accused's *Charter* rights are not violated simply because late evidence bolsters the Crown's case. That is a function of the strength of the late evidence and not of the timing of the evidence.

107 Although Gabriel's evidence was significant, it did not change the Crown's case, nor did it change the defence case. Gabriel's evidence mainly corroborated evidence already before the jury. As pointed out by the Court of Appeal, only in two

dans les circonstances du procès, l'admission du témoignage tardif a porté atteinte au droit de l'accusée à une défense pleine et entière. Après avoir soigneusement examiné ce qui se serait probablement passé si le témoignage avait été présenté dans le cadre de la preuve du ministère public, la Cour d'appel a conclu que l'admission de ce témoignage tardif ne privait pas l'accusée d'un procès équitable et ne portait pas atteinte à son droit à une défense pleine et entière. J'arrive à la même conclusion.

En premier lieu, j'établirais une distinction entre l'espèce et l'arrêt *P. (M.B.)*, précité, dans lequel la Cour à la majorité a statué que l'accusé a été mobilisé contre lui-même. En l'espèce, l'accusée n'a pas été mobilisée contre elle-même dans le sens que son témoignage a permis au ministère de déceler des lacunes dans sa preuve. Le ministère public a toujours su qu'il ne disposait d'aucun élément de preuve important pour corroborer le témoignage de B.R. Il était conscient de l'existence d'une lacune dans sa preuve depuis le début, mais ignorait qu'il existait une preuve corroborante pour combler cette lacune. C'est seulement lorsque Gabriel a offert de témoigner vers la fin du procès que le ministère public s'est rendu compte que la lacune dans sa preuve pourrait peut-être être comblée.

Les juges majoritaires semblent dire que l'accusée a subi un préjudice parce que le témoignage de Gabriel était important et utile pour la preuve du ministère public. Comme je l'ai mentionné plus haut, cette constatation ne démontre pas l'existence d'un préjudice juridique réel. Le témoignage aurait été tout aussi important et utile s'il avait été présenté dans le cadre de la preuve du ministère public. Il n'y pas d'atteinte aux droits que la *Charte* garantit à un accusé pour la seule raison qu'un élément de preuve tardif appuie la preuve du ministère public. Cette corroboration est le résultat de la force de l'élément de preuve tardif et non du moment auquel il est soumis.

Le témoignage de Gabriel était important, mais il n'a modifié ni la preuve du ministère public ni la preuve de la défense. Ce témoignage a principalement corroboré la preuve dont le jury avait déjà été saisi. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel, il

respects could Gabriel be said to have added something new or different. She denied the accused's account of telling her on the Saturday of coming home and finding J.B. already dead. She also said that all three boys, upon the accused's instructions, left their shoes at Trout Lake. Although this evidence was new, it did not change the nature of the Crown's case. It simply corroborated the theory already developed by the Crown — that the accused instructed the boys to kill the deceased and then attempted to eliminate all of the potentially incriminatory evidence. Nor did Gabriel's evidence change the defence case. The defence theory continued to be that the accused came home to find J.B. already dead on the night in question and that her ensuing actions were only done to protect the boys. Her instructions to the boys to lose their shoes were consistent with this theory.

The appellant argues that her ability to make full answer and defence was prejudiced in that she would have conducted her defence differently had she known about Gabriel's evidence. Having her evidence contradicted by Gabriel, she suggests, made it appear as if she were caught in a lie. Again, the submission fails to establish prejudice in the required legal sense.

The first point to note in connection with this submission is that the Crown did not raise the prior inconsistency said to give rise to the prejudice in its questioning of Gabriel. In the course of developing the narrative of Gabriel's evidence, Crown counsel asked only the general question of when Gabriel became "aware or believed" the deceased had died, to which Gabriel replied "I think it was about two days after" (emphasis added). Crown counsel left the matter there. At this point, the contradiction was inchoate, speculative and probably of little consequence. It was counsel for the appellant who chose to explore Gabriel's impression as to when she learned of the death in cross-examina-

y a seulement deux points à l'égard desquels le témoignage de Gabriel pourrait avoir apporté quelque chose de nouveau ou de différent. Gabriel a nié que l'accusée lui ait dit que lorsqu'elle est rentrée chez elle ce samedi-là, elle a constaté que J.B. était déjà mort. De plus, elle a déclaré que les trois garçons avaient laissé leurs chaussures au lac Trout conformément aux instructions de l'accusée. Même si ce témoignage était nouveau, il n'a pas modifié la nature de la preuve du ministère public. Il a simplement corroboré la thèse déjà avancée par le ministère public, à savoir que l'accusée avait chargé les garçons de tuer la victime puis tenté de faire disparaître tous les éléments de preuve qui pouvaient être incriminants. Le témoignage de Gabriel n'a pas non plus modifié la preuve de la défense. La défense a continué de soutenir qu'en rentrant chez elle ce soir-là, l'accusée a constaté que J.B. était déjà mort, et que les faits et gestes de l'accusée par la suite visaient uniquement à protéger les garçons. L'ordre qu'elle a donné aux garçons d'égarer leurs chaussures était compatible avec cette thèse.

L'appelante prétend qu'elle a été lésée dans son droit de présenter une défense pleine et entière parce qu'elle aurait conduit sa défense autrement si elle avait su ce que Gabriel dirait dans son témoignage. À son avis, le fait que Gabriel a contredit son témoignage a donné l'impression qu'elle était prise en flagrant délit de mensonge. Une fois de plus, ce moyen ne montre pas l'existence d'un préjudice au sens juridique voulu.

En ce qui concerne ce moyen, il convient d'abord de faire remarquer que le ministère public, lorsqu'il a interrogé Gabriel, n'a pas soulevé la question de la déclaration antérieure incompatible qui serait à l'origine du préjudice. Le substitut du procureur général a simplement demandé de façon générale à quel moment elle s'est [TRADUCTION] «rendue compte ou a cru» que la victime était morte, ce à quoi Gabriel a répondu [TRADUCTION] «Je pense que c'était à peu près deux jours plus tard» (je souligne). L'avocat du ministère public en est resté là. À ce moment-là, la contradiction était virtuelle et hypothétique, et ne tirait probablement guère à conséquence. C'est l'avocat de l'ap-

108

109

tion and thus link it with the conversation which Gabriel had had with the appellant. Thus it was the appellant herself who elevated the matter to the status of a collateral issue.

pelante qui a voulu, en contre-interrogatoire, faire préciser à quel moment Gabriel aurait appris la mort de la victime et, par conséquent, faire un lien entre sa réponse et la conversation qu'elle a eue avec l'appelante. C'est donc l'appelante elle-même qui a élevé la question au rang de question incidente.

110 The second observation pertinent to this submission is that an accused's right to a fair trial and the right to make full answer and defence does not extend to the right to be protected from contradiction of normally inadmissible, collateral, self-serving statements. The appellant does not suggest that she would not have taken the stand had Gabriel testified, a consideration which might have brought the case within the purview of *P. (M.B.)*, *supra*. She only argues that she was prejudiced because it appeared as if she were caught in a lie. Any such complaint lies ill in the mouth of a witness who chose to lead the evidence concerning the self-serving statement in the first place.

La deuxième remarque qu'il convient de faire sur ce moyen est que les droits d'un accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière n'englobent pas le droit de ne pas être mis en contradiction avec des déclarations intéressées, incidentes et normalement inadmissibles. L'appelante ne fait pas valoir qu'elle ne se serait pas présentée à la barre si Gabriel avait témoigné, considération qui aurait peut-être pu assujettir l'affaire à l'arrêt *P. (M.B.)*, précité. Elle prétend seulement qu'elle a subi un préjudice du fait qu'elle a semblé être prise en flagrant délit de mensonge. Une revendication de ce genre sied mal à un témoin qui a choisi elle-même au départ de présenter la preuve concernant la déclaration intéressée.

111 The final answer to this submission is that as the trial in fact unrolled, the appellant was afforded the opportunity to meet the disparity between the two versions of what the appellant told Gabriel. She availed herself of this opportunity by calling her sister to testify in support of her version. She was thus permitted to make full answer and defence to Gabriel's evidence. It follows that this submission raises no more than a speculative possibility of prejudice incapable of supporting the rejection of Gabriel's evidence or an order for a mistrial or stay.

La réponse définitive à ce moyen est que, dans les faits, l'occasion a été fournie à l'appelante, au fur et à mesure du déroulement du procès, de combler l'écart entre les deux versions des faits qu'elle a relatés à Gabriel. Elle a saisi l'occasion de le faire en appelant sa sœur à la barre pour qu'elle confirme sa version. Elle a donc pu opposer une défense pleine et entière au témoignage de Gabriel. Il s'ensuit que ce moyen soulève une simple possibilité théorique de préjudice qui est incapable d'appuyer le rejet du témoignage de Gabriel ou une ordonnance d'annulation du procès ou d'arrêt des procédures.

112 Cory J. suggests that the appellant was prejudiced because she was forced to respond to Gabriel's new evidence, thereby appearing to give it weight. In my view, any appearance of increased importance that may flow from late evidence can be eliminated by a specific instruction from the trial judge. Modern juries are sophisticated enough to understand that circumstances arise leading to procedural irregularities. With proper instruction, juries are capable of weighing all of the evidence in proper perspective, notwithstanding that differ-

Le juge Cory semble dire que l'appelante a été lésée parce qu'elle a dû répondre au nouveau témoignage de Gabriel et a de ce fait paru donner du poids à ce témoignage. À mon sens, une directive précise du juge du procès peut éliminer toute apparence de renforcement qui peut résulter d'un élément de preuve tardif. De nos jours, les jurés sont assez perspicaces pour comprendre qu'il peut surgir des circonstances entraînant des irrégularités sur le plan de la procédure. Avec des directives appropriées, ils sont en mesure d'apprécier

ent aspects of the evidence are proffered at different points in the trial. The trial judge properly instructed the jury concerning the late evidence. He carefully advised the jury that Gabriel's evidence should be considered on the same footing as the other evidence in the case. In these circumstances, the late presentation of Crown evidence did not prejudice the appellant's right to a fair trial.

The appellant also argues that she was not able to make full answer and defence because she lacked sufficient time to prepare for cross-examination of Gabriel. As the Court of Appeal pointed out, a witness statement was provided to defence counsel on June 3 and cross-examination was not concluded until June 8. The appellant had five days, including two days on the weekend when court was not in session, to prepare for the cross-examination of Gabriel. Gabriel was not a stranger to the appellant. The appellant and Gabriel had been good friends for many years. It follows that the argument that the appellant needed more time to find "ammunition to attack her credibility" is without merit. The transcript of the evidence reveals that the appellant had ample ammunition to attack Gabriel's credibility. The appellant does not point to any other evidence of bad character that could have been found had she been allowed more time to search out "ammunition". In my view, the appellant had sufficient time to prepare for the cross-examination of Gabriel and accordingly, her ability to make full answer and defence was not prejudiced.

The appellant finally argues that she might have dealt with the other Crown witnesses differently had she known about Gabriel's evidence. The fact that she might have cross-examined the other witnesses differently does not necessarily mean that she suffered prejudice. The appellant was free to recall the other Crown witnesses to question them

l'ensemble de la preuve dans son contexte, même si différents aspects de la preuve sont présentés à différents stades du procès. Le juge du procès a donné des directives appropriées au jury sur le témoignage tardif. Il a soigneusement informé le jury que le témoignage de Gabriel devait être mis sur un pied d'égalité avec les autres éléments de preuve ayant été produits en l'espèce. Dans les circonstances, la présentation tardive de la preuve du ministère public n'a pas porté atteinte au droit de l'appelante à un procès équitable.

L'appelante soutient en outre qu'elle n'a pas été en mesure de présenter une défense pleine et entière parce qu'elle n'a pas eu suffisamment de temps pour se préparer en vue du contre-interrogatoire de Gabriel. Comme la Cour d'appel l'a fait remarquer, une déclaration du témoin a été fournie à l'avocat de la défense le 3 juin et le contre-interrogatoire n'a pris fin que le 8 juin. L'appelante a eu cinq jours, incluant deux jours pendant la fin de semaine alors que la cour ne siégeait pas, pour se préparer en vue du contre-interrogatoire de Gabriel. Celle-ci n'était pas une inconnue pour l'appelante. En effet, Gabriel et l'appelante étaient de bonnes amies depuis de nombreuses années. Il s'ensuit que l'argument selon lequel l'appelante avait besoin de plus de temps pour trouver des [TRADUCTION] «munitions pour attaquer sa crédibilité» est mal fondé. La transcription des témoignages révèle que l'appelante avait suffisamment de munitions pour attaquer la crédibilité de Gabriel. L'appelante n'attire l'attention sur aucune autre preuve de mauvaise moralité qu'elle aurait pu trouver si elle avait eu plus de temps pour découvrir des «munitions». Selon moi, l'appelante a eu assez de temps pour se préparer en vue du contre-interrogatoire de Gabriel et, par conséquent, elle n'a pas été lésée dans son droit à une défense pleine et entière.

En dernier lieu, l'appelante soutient qu'elle s'y serait peut-être prise différemment avec les autres témoins à charge si elle avait su ce que Gabriel dirait dans son témoignage. Le fait qu'elle aurait peut-être contre-interrogé les autres témoins différemment ne veut pas forcément dire qu'elle a subi un préjudice. L'appelante était libre de rappeler à

113

114

about matters arising out of the late evidence. (Given the order for exclusion of witnesses, those witnesses would not have heard the late evidence.) The appellant was also free to call new witnesses, which she did. The appellant has not shown that her inability to deal with the Crown witnesses irremediably prejudiced her ability to make full answer and defence.

la barre les autres témoins à charge pour leur poser des questions sur des points découlant du témoignage tardif. (Vu l'ordonnance d'exclusion des témoins, ceux-ci n'auraient pas entendu le témoignage tardif.) De plus, l'appelante était libre de citer de nouveaux témoins, ce qu'elle a fait. Elle n'a pas démontré que son incapacité de s'occuper des témoins à charge a irrémédiablement porté atteinte à son droit à une défense pleine et entière.

115 In conclusion, I agree with the Court of Appeal that this is not a case where "it appears that . . . an injustice has resulted" from admission of the late evidence (*McKenna, supra*, at pp. 66-67). To put it in the language of the *Charter*, it is not a case where prejudice to the accused's right to make full answer and defence has been shown.

En conclusion, je conviens avec la Cour d'appel qu'il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle «il semble qu'il [. . .] ait résulté une injustice» de l'admission du témoignage tardif (*McKenna*, précité, aux pp. 66 et 67). Selon la formule de la *Charte*, il ne s'agit pas d'une affaire dans laquelle l'atteinte au droit de l'accusée à une défense pleine et entière a été prouvée.

116 I agree with Cory J. on the issue of character evidence. I find no reason to intervene in the trial judge's discretionary finding on the admissibility of this evidence.

Je suis d'accord avec le juge Cory sur la question de la preuve de moralité. Je ne vois aucune raison d'intervenir dans la conclusion tirée par le juge du procès dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire quant à l'admissibilité de cette preuve.

117 I would dismiss the appeal and confirm the conviction.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

The reasons of Sopinka and Major JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Sopinka et Major rendus par

118 SOPINKA J. — I agree with Cory J. for the reasons he gives that the trial judge erred in reopening the case in order to allow the Crown to call another witness. I also agree that a new trial must be ordered. With respect, I disagree that the evidence of previous sexual activity of the appellant with one of the boys and the evidence of stolen property located in the appellant's home was admissible for the purpose of assessing the general credibility of the appellant. In my view, its use should have been limited to the purposes for which these pieces of evidence were admitted.

LE JUGE SOPINKA — Je conviens avec le juge Cory, pour les motifs qu'il fournit, que le juge du procès a commis une erreur en rouvrant la preuve afin de permettre au ministère public de faire entendre un autre témoin. Je suis également d'avis, comme lui, qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. En toute déférence, je ne crois pas que la preuve d'actes sexuels antérieurs entre l'appelante et l'un des garçons et la preuve de la présence de biens volés dans la maison de l'appelante étaient admissibles afin d'évaluer la crédibilité générale de l'appelante. Selon moi, l'utilisation de ces éléments de preuve aurait dû être limitée aux fins pour lesquelles ils ont été admis.

119 It is well established that an accused who has not put his or her character in issue cannot be cross-examined with respect to discreditable mis-

Il est bien établi qu'un accusé qui n'a pas mis sa moralité en cause ne peut être contre-interrogé sur une conduite déshonorante qui n'est pas mention-

conduct which is not charged in the indictment unless the evidence is otherwise relevant to an issue. This restriction on cross-examination is simply part of the rule that was laid down in *R. v. Rowton* (1865), 10 Cox C.C. 25, which prohibits the Crown from leading evidence tending to show that the accused is of bad character unless the accused has adduced evidence of good character and thereby placed his or her character in issue.

The rationale for this exclusionary rule is not that the evidence is logically irrelevant but that its probative value is exceeded by its prejudicial effect. See *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at pp. 198-203, *per* Lamer J. Accordingly, such evidence is excluded as a matter of policy. This policy, the expression of which is attributed to the *Makin* case (*Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (P.C.)) as the seminal authority, is that an accused should be tried on the basis of evidence presented relating to the transaction charged and not on the basis of disposition to commit the crime. In *Maxwell v. Director of Public Prosecutions* (1934), 24 Cr. App. R. 152 (H.L.), this policy was described at p. 169 as:

... one of the most deeply rooted and jealously guarded principles of our criminal law, which, as stated in *Makin v. Attorney-General for New South Wales* ([*supra*], at p. 65), is that "it is undoubtedly not competent for the prosecution to adduce evidence tending to show that the accused had been guilty of criminal acts other than those covered by the indictment, for the purpose of leading to the conclusion that the accused is a person likely from his conduct or character to have committed the offence for which he is being tried."

This policy applies equally whether the evidence is introduced through Crown witnesses or by cross-examination of the accused. Moreover, it applies notwithstanding that the purpose of the cross-examination is limited to attacking the credibility of the accused. Accordingly, an accused person who testifies and has not placed his or her character in issue cannot be cross-examined on discreditable conduct unless such conduct relates to an issue other than the credibility of the accused.

née dans l'acte d'accusation que si ce témoignage se rapporte par ailleurs à une question en litige. Cette restriction applicable aux contre-interrogatoires fait simplement partie de la règle qui a été établie dans l'arrêt *R. c. Rowton* (1865), 10 Cox. C.C. 25, qui interdit au ministère public de produire une preuve tendant à démontrer la mauvaise moralité de l'accusé, à moins que l'accusé n'ait produit une preuve de bonne réputation et, de ce fait, mis sa moralité en cause.

La raison de cette règle d'exclusion ne réside pas dans le fait que cette preuve est logiquement dénuée de pertinence, mais dans le fait que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. Voir *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, aux pp. 198 à 203, le juge Lamer. Ces considérations justifient ainsi le principe de l'exclusion de pareille preuve. Ce principe, qui tire son origine du célèbre arrêt *Makin* (*Makin c. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57 (P.C.)), veut qu'un accusé soit jugé en fonction de la preuve qui a été produite relativement à l'infraction reprochée et non en fonction de sa propension à commettre le crime. Dans l'arrêt *Maxwell c. Director of Public Prosecutions* (1934), 24 Cr. App. R. 152 (H.L.), ce principe est exposé en ces termes à la p. 169:

[TRADUCTION] ... l'un des principes les plus profondément enracinés et les plus jalousement protégés de notre droit criminel qui, comme il est dit dans l'arrêt *Makin c. Attorney-General for New South Wales* ([*précité*], à la p. 65), est qu'«il ne fait pas de doute que la poursuite ne peut pas, aux fins d'obtenir la conclusion que l'accusé est, compte tenu de sa conduite ou de sa réputation, le genre de personne susceptible d'avoir commis le crime dont il est inculpé, apporter des preuves qui tendent à démontrer qu'il a déjà été reconnu coupable de crimes autres que ceux visés par l'acte d'accusation».

Ce principe s'applique pareillement, que la preuve soit présentée par des témoins à charge ou au cours du contre-interrogatoire de l'accusé. En outre, ce principe s'applique même si le contre-interrogatoire a pour seul but d'attaquer la crédibilité de l'accusé. Par conséquent, un accusé qui témoigne et qui n'a pas mis sa moralité en cause ne peut pas être contre-interrogé sur une conduite déshonorante, à moins que cette conduite ne se rapporte à une autre question que sa crédibilité. Cette

120

121

This exception to the general rule which prohibits such cross-examination will often apply when the cross-examination is directed to prove the falsity of some aspect of the evidence given by the accused. In *R. v. Davison* (1974), 6 O.R. (2d) 103 (C.A.), at pp. 123-24, Martin J.A., after reviewing the authorities including several decisions of this Court, concluded as follows:

I conclude that, save for cross-examination as to previous convictions permitted by s. 12 of the *Canada Evidence Act*, an accused may not be cross-examined with respect to misconduct or discreditable associations unrelated to the charge on which he is being tried for the purpose of leading to the conclusion that by reason of his bad character he is a person whose evidence ought not to be believed. Cross-examination, however, which is directly relevant to prove the falsity of the accused's evidence does not fall within the ban, notwithstanding that it may incidentally reflect upon the accused's character by disclosing discreditable conduct on his part.

I agree with this statement of the law.

122

Martin J.A. also commented on the reason why the policy against the use of character evidence for the purpose of determining innocence or guilt applies to prohibit use of such evidence to impugn the credibility of an accused who testifies. At p. 121 he stated:

In my view the policy rule which protects an accused against an attack upon his character lest it divert the jury from the issue which they are called upon to decide, namely, the guilt or innocence of the accused on the specific charge before the Court, is not wholly subordinated to the rule which permits an accused who elects to give evidence to be cross-examined on the issue of his credibility. In this area of the law, as in so many areas, a balance has been struck between competing interests, which endeavours so far as possible to recognize the purpose of both rules and does not give effect to one to the total exclusion of the other.

Consequently, limitations are imposed with respect to the cross-examination of an accused which do not apply in the case of an ordinary witness.

exception à la règle générale qui interdit pareil contre-interrogatoire s'appliquera souvent lorsque le contre-interrogatoire vise à prouver la fausseté de certains éléments du témoignage de l'accusé. Dans *R. c. Davison* (1974), 6 O.R. (2d) 103 (C.A.), aux pp. 123 et 124, le juge Martin, après avoir examiné la jurisprudence, dont plusieurs décisions de notre Cour, est arrivé à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Je conclus que, sauf pour les contre-interrogatoires sur des déclarations de culpabilité antérieures qui sont autorisés par l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, un accusé ne peut pas être contre-interrogé sur une conduite répréhensible ou sur sa fréquentation d'individus louches quand cela n'a rien à voir avec l'accusation pour laquelle il est jugé, dans le but d'amener à conclure que, du fait de sa mauvaise moralité, l'accusé est une personne dont le témoignage ne devrait pas être cru. Toutefois, le contre-interrogatoire qui est directement pertinent pour prouver la fausseté du témoignage de l'accusé n'est pas visé par l'interdiction, en dépit du fait qu'il peut nuire incidemment à la moralité de l'accusé en dévoilant une conduite déshonorante de sa part.

Je souscris à cet énoncé du droit.

Le juge Martin a également fait des remarques sur la raison pour laquelle le principe interdisant l'utilisation d'une preuve de moralité dans le but de déterminer l'innocence ou la culpabilité s'applique pour interdire l'utilisation d'une telle preuve en vue d'attaquer la crédibilité de l'accusé qui témoigne. À la p. 121, il a déclaré:

[TRADUCTION] À mon avis, la règle de principe qui met un accusé à l'abri de toute contestation de sa bonne moralité, de crainte que le jury ne soit détourné de la question qu'il est appelé à trancher, savoir celle de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé relativement à l'accusation précise dont la cour se trouve saisie, n'est pas complètement subordonnée à la règle permettant qu'un accusé qui choisit de témoigner soit contre-interrogé sur la question de sa crédibilité. Dans ce domaine du droit, comme dans bien d'autres, un équilibre a été établi entre des intérêts contradictoires, équilibre par lequel on essaie autant que possible de reconnaître l'objet des deux règles sans appliquer l'une à l'exclusion totale de l'autre.

Par voie de conséquence, le contre-interrogatoire d'un accusé fait l'objet de restrictions qui ne s'appliquent pas dans le cas d'un témoin ordinaire.

I would add that there is good reason why the policy applies *a fortiori* to prevent the use of such evidence for the purpose of impugning credibility. As I have stated above, when evidence as to disposition is tendered for the purpose of proving guilt, it is logically relevant. It is excluded by reason of our system's aversion to convicting a person charged because he or she is a bad person. If an accused could be convicted on the basis of past misconduct which disclosed a disposition to commit the offence charged, an old offender might never be able to obtain a fair trial on the basis of evidence relating to that charge. In respect of credibility, it is highly questionable that as a general rule a logical relationship exists between misconduct and veracity. Wigmore (*Wigmore on Evidence*, vol. 3A (Chadbourn rev. 1970)), speaking about the use of character evidence to discredit witnesses generally, stated at p. 724:

The modern tendency is to abandon the old notion (a mark of a primitive stage of opinion) that a usually bad man will usually lie and a usually good man will usually tell the truth. It would seem desirable to consider the expediency of restricting the resort to this feeble and petty class of evidence. Another and more advanced generation will possibly persuade itself to this decision. . . .

And at p. 725:

From the point of view of modern psychology, the moral disposition which tends for or against falsehood is an elusive quality. Its intermittent operation in connection with other tendencies, and the difficulty of ascertaining its quality and force, make it by no means a feature peculiarly reliable in the diagnosis of testimonial credit. Hence to the psychologist, the common law's reliance on character as an index of falsehood is crude and childish.

Section 12 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, which permits a witness, including an accused, to be cross-examined on previous convictions, is a legislated exception to the policy. In *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, this Court held that notwithstanding the absolute language of

J'ajouterais qu'il y a une bonne raison pour laquelle ce principe s'applique *a fortiori* pour empêcher l'utilisation d'une telle preuve dans le but d'attaquer la crédibilité. Comme je l'ai affirmé plus haut, une preuve ayant trait à la propension qui est soumise afin de prouver la culpabilité est logiquement pertinente. Elle est exclue à cause de la répugnance de notre système à déclarer un accusé coupable parce qu'il est une mauvaise personne. Si un accusé pouvait être reconnu coupable sur le fondement d'une inconduite antérieure qui révèle une propension à commettre l'infraction reprochée, un ancien contrevenant ne serait peut-être jamais capable d'obtenir un procès équitable en fonction de la preuve relative à cette accusation. S'agissant de la crédibilité, il est très douteux qu'il existe, en règle générale, un lien logique entre une inconduite et la véracité. Wigmore (*Wigmore on Evidence*, vol. 3A (rév. Chadbourn 1970)) a fait les remarques suivantes, à la p. 724, sur l'utilisation de la preuve de moralité pour discréditer les témoins en général:

[TRADUCTION] La tendance actuelle est d'abandonner la vieille idée (la marque d'un stade primitif d'opinion) qu'un homme généralement mauvais mentira généralement et qu'un homme généralement bon dira généralement la vérité. Il semblerait souhaitable d'envisager l'opportunité de limiter le recours à ce type de preuve faible et mesquin. Une autre génération plus évoluée se laissera peut-être convaincre par ce point de vue . . .

Et à la p. 725:

[TRADUCTION] Du point de vue de la psychologie moderne, l'inclination morale qui fait ou non pencher vers le mensonge est une qualité insaisissable. Vu son fonctionnement intermittent relativement à d'autres tendances, et la difficulté à vérifier sa qualité et sa force, il ne s'agit pas d'un trait particulièrement fiable dans l'analyse de la crédibilité d'un témoin. Pour le psychologue, donc, le recours par la common law à la moralité en tant qu'indice de mensonge est rudimentaire et puéril.

L'article 12 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, qui permet de contre-interroger un témoin, y compris un accusé, sur des déclarations de culpabilité antérieures, est une exception législative à ce principe. Dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, notre Cour a statué

s. 12, when the section is interpreted in light of the provisions of the *Charter*, it confers on the Court a residual discretion to exclude such cross-examination when the interests of justice require it. Dickson C.J., who wrote the majority reasons, agreed with La Forest J., dissenting, that there was a discretion to exclude such cross-examination and generally with the manner in which it is to be exercised. Their disagreement related to the application of the principles applied by La Forest J. to the facts of the case. In the course of his reasons, La Forest J. stated at p. 719:

Nonetheless, the issue raises *Charter* concerns. These receive some support from recent empirical studies that suggest, albeit inconclusively, that whether or not a person tells the truth as he perceives it is a function primarily of the specific context or situation, and not of past conduct, or that, at best, only convictions for crimes involving a lack of veracity are relevant (in the Thayerian sense) to credibility: see, e.g., Lawson, "Credibility and Character: A Different Look at an Interminable Problem" (1975), 50 *Notre Dame Lawyer* 758, at pp. 783-89; Doob and Kirshenbaum, "Some Empirical Evidence on the Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act Upon an Accused" (1972-73), 15 *Crim. L.Q.* 88; see also the discussion in Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (2nd ed. 1983), vol. 1, at p. 544.

One of the factors to be considered in the exercise of this discretion is whether the conviction is integrity- or credit-related.

125

A recent example which is directly relevant to this appeal and which illustrates the lack of any connection between misconduct and credibility is contained in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577. For many years, previous sexual misconduct of a complainant was treated as relevant to a complainant's credibility. In *Seaboyer* this "myth" was totally discredited. At p. 612, McLachlin J. on behalf of the majority stated:

que, en dépit des termes catégoriques employés à l'art. 12, lorsque cette disposition est interprétée dans l'optique des dispositions de la *Charte*, elle confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire résiduel d'interdire un tel contre-interrogatoire quand l'intérêt de la justice l'exige. Le juge en chef Dickson, qui a rédigé les motifs des juges majoritaires, a convenu avec le juge La Forest, dissident, que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'interdire un tel contre-interrogatoire, et était généralement d'accord sur la façon dont ce pouvoir doit être exercé. Le désaccord entre les juges avait trait à l'application des principes par le juge La Forest aux faits de l'espèce. Dans ses motifs, le juge La Forest a déclaré, à la p. 719:

Néanmoins, la question fait naître certaines inquiétudes fondées sur la *Charte*. Ces inquiétudes sont justifiées jusqu'à un certain point par des études empiriques récentes qui laissent entendre, quoique d'une manière non concluante, que la question de savoir si une personne dit la vérité telle qu'elle la perçoit dépend avant tout des circonstances ou du contexte en présence et non pas de la conduite antérieure, ou que, tout au plus, seules sont pertinentes (au sens où l'entend Thayer) relativement à la crédibilité les condamnations pour des crimes comportant comme élément la fausseté: voir, par exemple, Lawson, «Credibility and Character: A Different Look at an Interminable Problem» (1975), 50 *Notre Dame Lawyer* 758, aux pp. 783 à 789; Doob et Kirshenbaum, «Some Empirical Evidence on the Effect of s. 12 of the Canada Evidence Act Upon an Accused» (1972-73), 15 *Crim. L.Q.* 88; voir aussi l'analyse que l'on trouve dans Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (2nd ed. 1983), vol. 1, à la p. 544.

L'un des facteurs à prendre en considération dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est la question de savoir si la déclaration de culpabilité se rapporte à l'intégrité ou à la crédibilité.

L'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, contient un exemple récent qui se rapporte directement au présent pourvoi et illustre l'absence de lien entre l'inconduite et la crédibilité. Pendant de nombreuses années, on avait considéré que l'inconduite sexuelle antérieure d'un plaignant était pertinente quant à sa crédibilité. Dans l'arrêt *Seaboyer*, ce «mythe» a été complètement détruit. À la p. 612, le juge McLachlin a déclaré au nom des juges majoritaires:

The idea that a complainant's credibility might be affected by whether she has had other sexual experience is today universally discredited. There is no logical or practical link between a woman's sexual reputation and whether she is a truthful witness.

It would seem that this principle should apply *a fortiori* to an accused, especially so in this case in which the accused has not put her character in issue.

In view of the strong policy against the use of character evidence to impugn credibility, I do not understand the rationale that permits the policy to be discarded when evidence of bad character is admitted, not because it is shown to be relevant to credibility, but because the evidence is relevant to another issue. Of course, if it is admitted under the exception referred to in *Davison, supra*, to show the falsity of testimony given by the accused, it will also be relevant to credibility generally. That is because the accused's evidence is shown to be false in one respect and an inference may be drawn that the accused is not credible in other respects. If, however, the only effect of the evidence is that it tends to show a disposition to be untruthful, then there is no reason that the policy against the use of such evidence should not apply. If the evidence is admitted for another purpose, its use should be restricted to the purpose for which it is admitted. It is a principle that is generally applied when evidence is admitted for a limited purpose. The principle is implemented by an instruction to the trier of fact as to the limited use to which the evidence is to be put. The examples of the application of the principle are legion. It has been applied to restrict the use of: (1) similar acts (see *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111); (2) cross-examination of an accused on convictions under s. 12 of the *Canada Evidence Act* (see *Corbett, supra*, at p. 688); and (3) hearsay evidence admissible for a limited purpose (see *Boykowych v. Boykowych*, [1955] S.C.R. 151, at pp. 160-61).

L'idée que la crédibilité de la plaignante puisse être touchée par le fait qu'elle a eu d'autres rapports sexuels est aujourd'hui universellement rejetée. Il n'existe aucun lien logique ou pratique entre la réputation sexuelle d'une femme et sa crédibilité en tant que témoin.

Il semblerait que ce principe s'applique à plus forte raison à un accusé, particulièrement en l'espèce puisque l'accusée n'a pas mis en cause sa moralité.

Compte tenu du solide principe interdisant l'utilisation d'une preuve de moralité pour attaquer la crédibilité, je ne vois pas la raison qui permet d'écarter ce principe lorsqu'une preuve de mauvaise moralité est admise, non pas parce qu'il est démontré que cette preuve se rapporte à la crédibilité, mais parce qu'elle se rapporte à une autre question. Il va de soi que si cette preuve est admise sous le régime de l'exception mentionnée dans l'arrêt *Davison*, précité, pour prouver la fausseté du témoignage de l'accusé, elle sera également pertinente quant à la crédibilité en général. C'est qu'il est démontré que le témoignage de l'accusé est faux sous un rapport et qu'il est possible d'en déduire que l'accusé n'est pas une personne crédible sous d'autres rapports. Toutefois, si le seul effet de la preuve est qu'elle tend à démontrer une propension au mensonge, alors il n'y a pas de raison pour que le principe interdisant l'utilisation de cette preuve ne s'applique pas. Si la preuve est admise dans un autre but, son utilisation devrait être limitée au but pour lequel elle a été admise. C'est un principe qui est généralement appliqué lorsque la preuve est admise dans un but limité. Ce principe est mis en œuvre au moyen d'une directive donnée au juge des faits sur l'utilisation limitée qui doit être faite de la preuve. Les exemples de l'application de ce principe sont nombreux. Ce principe a été appliqué pour limiter l'utilisation: (1) de faits similaires (voir *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111); (2) du contre-interrogatoire d'un accusé relativement à des condamnations en vertu de l'art. 12 de la *Loi sur la preuve au Canada* (voir *Corbett*, précité, à la p. 688), et (3) d'une preuve par oui-dire admissible dans un but limité (voir *Boykowych c. Boykowych*, [1955] R.C.S. 151, aux pp. 160 et 161).

127 To the extent that *R. v. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557 (Ont. C.A.), suggests that once evidence is adduced for any purpose it can be used to impeach credibility if it reflects adversely on the character of the accused, I would not follow it. While I have the greatest respect for the opinion of Martin J.A., the statement relied on by Cory J. contains no explanation as to why the policy against the use of such evidence is displaced because the evidence gets in for another limited purpose. No authority is cited other than *Davison*, *supra*. Martin J.A. correctly observes that that case does not hold that the evidence that is properly in the record cannot be used in assessing credibility. But it does not state that it can be used for that purpose. Nor was the evidence used for that purpose notwithstanding that it might have been so used since it appears to have been admitted under the exception that permits such evidence to be admitted to show the falsity of evidence given by the accused.

128 The evidence in this case was admitted with respect to its relevance to issues other than credibility. The previous sexual misconduct with H.M. was admitted as tending to show why he would be subject to the appellant's direction and control. The evidence as to stolen property tended to explain the motive for reprisals against the deceased. It was not admitted for the purpose of impugning credibility but, clearly, the jury were instructed that it could be used for this purpose. Such use was highly prejudicial to the appellant. Since I agree with Cory J. that there must be a new trial by reason of the error in respect of the first ground, it is unnecessary to consider the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to this ground.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Oliver & Company, Vancouver.

Dans la mesure où l'arrêt *R. c. Hogan* (1982), 2 C.C.C. (3d) 557 (C.A. Ont.), dit qu'une preuve qui a été produite dans un but donné peut être utilisée pour attaquer la crédibilité de l'accusé si elle discrédite sa moralité, je ne suivrais pas cet arrêt. J'ai beaucoup de respect pour l'opinion du juge Martin, mais l'affirmation sur laquelle s'appuie le juge Cory ne contient aucune explication quant à la raison pour laquelle le principe interdisant l'utilisation d'une telle preuve est écarté parce que la preuve est présentée dans un autre but limité. Aucune autre décision n'est invoquée à part l'arrêt *Davison*, précité. Le juge Martin fait remarquer à bon droit qu'il n'est pas dit dans cette affaire que la preuve qui a été admise à bon droit ne peut pas être utilisée pour évaluer la crédibilité. Mais il n'est pas dit non plus que la preuve peut être utilisée dans ce but. Du reste, la preuve n'a pas été utilisée dans ce but, en dépit du fait qu'elle aurait pu l'être étant donné qu'elle paraît avoir été admise en vertu de l'exception qui permet l'admission de pareille preuve pour démontrer la fausseté du témoignage de l'accusé.

La preuve en l'espèce a été admise parce qu'elle se rapporte à d'autres questions que la crédibilité. L'inconduite sexuelle antérieure de l'appelante avec H.M. a été admise en preuve parce qu'elle tendait à démontrer pourquoi l'appelante aurait eu une emprise sur celui-ci. La preuve relative aux biens volés tendait à expliquer la raison des représailles exercées contre la victime. Elle n'a pas été admise dans le but d'attaquer la crédibilité de l'appelante, mais, de toute évidence, le juge du procès a dit au jury que cette preuve pouvait être utilisée dans ce but. Pareille utilisation de la preuve a été très préjudiciable à l'appelante. Comme je conviens avec le juge Cory qu'un nouveau procès doit avoir lieu à cause de l'erreur commise relativement au premier moyen, il n'est pas nécessaire que j'examine l'application à ce moyen du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.

Procureurs de l'appelante: Oliver & Company, Vancouver.

*Solicitor for the respondent: The Ministry of the
Attorney General, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procu-
reur général, Vancouver.*