

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Daniel Jolivet *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JOLIVET

Neutral citation: 2000 SCC 29.

File No.: 26646.

1999: February 19; 2000: May 18.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused convicted of murder — Whether trial judge erred in refusing to allow defence counsel to comment on Crown's failure to call previously announced witness — Whether majority of Court of Appeal erred in declining to apply curative proviso and ordering new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Appeals — Appeals to Supreme Court of Canada — Application of curative proviso raising question of law — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Trial — Jury — Disclosure of evidence — Accused alleging that jury members had inappropriate contacts with police during their deliberations which called for stay of proceedings — Accused alleging that late disclosure of statement to police deprived him of right to make full answer and defence — Court of Appeal's rejection of accused's allegations upheld.

The accused was convicted of four counts of murder. At trial, the circumstances leading to the four killings were described by the Crown's principal witness, an informer. At the opening of trial and again during the trial, Crown counsel made reference to an additional witness, B, who he said would be called to testify and who, he said, would corroborate in part the principal witness's testimony. Crown counsel later declined to call B. When defence counsel indicated that he wished

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Daniel Jolivet *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. JOLIVET

Référence neutre: 2000 CSC 29.

N° du greffe: 26646.

1999: 19 février; 2000: 18 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Accusé reconnu coupable de meurtre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant d'autoriser l'avocat de la défense à commenter l'omission du ministère public de faire entendre un témoin annoncé? — La Cour d'appel à la majorité a-t-elle commis une erreur en refusant d'appliquer la disposition réparatrice et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Droit criminel — Appels — Appels à la Cour suprême du Canada — L'application de la disposition réparatrice soulève une question de droit — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Droit criminel — Procès — Jury — Divulgence de la preuve — Allégation de l'accusé selon laquelle les membres du jury ont eu, pendant leurs délibérations, des communications inappropriées avec des policiers, ce qui exigeait l'arrêt des procédures — Allégation de l'accusé selon laquelle la divulgation tardive d'une déclaration faite à la police l'a privé du droit de présenter une défense pleine et entière — Le rejet des allégations de l'accusé par la Cour d'appel est confirmé.

L'accusé a été déclaré coupable de quatre meurtres. Au procès, le principal témoin à charge, un délateur, a relaté les événements ayant conduit aux quatre meurtres. Au début du procès et durant le procès, le substitut du procureur général a fait allusion à un autre témoin, B, qui, selon lui, devait être entendu et devait corroborer en partie le témoignage du témoin principal. Le substitut a par la suite décidé de ne pas citer B. Lorsque l'avocat de la défense a mentionné qu'il désirait faire des commen-

to comment in his jury address on the Crown's failure, the trial judge offered the defence the opportunity to call B and cross-examine him, but that offer was rejected. The trial judge then indicated that if defence counsel commented on the Crown's failure to call B, he would instruct the jury that B could have been called by the defence as well as by the Crown. The Court of Appeal was unanimous in its finding that this ruling in effect prevented defence counsel from commenting on the Crown's failure to call its previously announced witness and that this was an error of law. The majority declined to apply the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The accused's appeal was therefore allowed and a new trial ordered. The Crown appealed to this Court. The accused cross-appealed on two grounds, arguing that, during their deliberations, the members of the jury had inappropriate contacts with several police officers which called for a stay of proceedings and that the late disclosure by the Crown of a statement to police deprived the accused of his right to make full answer and defence. As well, the defence made the preliminary objection that this Court was without jurisdiction to hear the Crown appeal on the ground that a division of opinion in an appellate court concerning the application of the curative proviso does not raise a question of law.

Held: The appeal should be allowed and the convictions restored. The cross-appeal should be dismissed.

As to the preliminary objection, the Court of Appeal was required to give legal substance to the statutory concept of "miscarriage of justice" and this involved a question of law. This Court therefore has jurisdiction to hear the appeal.

The Crown is under no obligation to call a witness it considers unnecessary to the prosecution's case. While the statements made in opening and in the course of trial were consistent only with the Crown's intention at that time to call B, a statement of intention does not necessarily amount to an undertaking and the trial judge found in favour of the Crown on that point. The Crown's conduct called for an explanation, but Crown counsel explained that he believed B would not be a truthful witness. As the trial judge accepted Crown counsel's explanation, there can be no question here of an abuse of process. Crown counsel is entitled to have a trial strategy and to modify it as the trial unfolds, provided that the modification does not result in unfairness to the

tares dans sa plaidoirie sur l'omission du ministère public de faire entendre B, le juge du procès a donné à la défense la possibilité de faire comparaître B pour le contre-interroger, mais cette offre a été rejetée. Le juge du procès a alors fait valoir que, si l'avocat de la défense commentait cette omission, il informerait le jury que B aurait pu être cité comme témoin aussi bien par la défense que par le ministère public. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que cette décision a, en fait, empêché la défense de commenter l'omission du ministère public de faire entendre le témoin annoncé et que c'était une erreur de droit. Les juges majoritaires ont refusé d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. L'appel de l'accusé a donc été accueilli et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée. Le ministère public a présenté un pourvoi devant notre Cour. L'accusé interjette un pourvoi incident pour deux motifs, faisant valoir que, lors de leurs délibérations, les membres du jury ont eu des communications inappropriées avec plusieurs policiers, ce qui exigeait l'arrêt des procédures, et que la divulgation tardive par le ministère public d'une déclaration faite à la police l'a privé du droit de présenter une défense pleine et entière. Par ailleurs, la défense a présenté l'opposition préliminaire fondée sur l'absence de compétence de notre Cour pour entendre le pourvoi du ministère public au motif qu'une divergence d'opinion au sein d'une cour d'appel au sujet de l'application de la disposition réparatrice ne soulève pas une question de droit.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies. Le pourvoi incident est rejeté.

En ce qui concerne l'opposition préliminaire, la Cour d'appel devait concrétiser la notion, d'origine législative, d'«erreur judiciaire» et cela comporte une question de droit. Notre Cour a donc compétence pour entendre le présent pourvoi.

Le ministère public n'est pas tenu de faire entendre un témoin qu'il ne considère pas utile pour établir sa preuve. Même si les déclarations faites dans l'exposé initial et au cours du procès ne représentaient que l'intention du ministère public, à ces moments-là, de faire entendre B, une déclaration d'intention n'équivaut pas nécessairement à un engagement et le juge du procès a donné raison au ministère public sur cette question. La conduite du ministère public méritait une explication, mais le substitut du procureur général a expliqué qu'il croyait que B ne serait pas un témoin sincère. Étant donné que le juge du procès a cru l'explication du substitut, il ne peut être question d'abus de procédure en l'espèce. Le substitut a le droit d'avoir une stratégie de

accused. Where an element of prejudice results (as it did here), remedial action is appropriate.

The trial judge erred in effectively (if not explicitly) preventing defence counsel from commenting on the missing witness B. The fact that Crown counsel twice announced to the jury that B would be called produced an element of prejudice by asserting the existence of corroborative evidence. While the defence was not entitled to suggest that an adverse inference should be drawn that the testimony of B would have been favourable to the accused, it was entitled to suggest to the jury that the failure to call B left an unspecified hole in the Crown's proof. The denial of the defence right to comment was an error of law.

The majority of the Court of Appeal erred in declining to apply the curative proviso. The application of s. 686(1)(b)(iii) requires a court to consider the seriousness of the error in question, the effect it likely had upon the jury's inference-drawing process and the probable guilt of the accused on the basis of the legally admissible evidence untainted by the error. There is no reasonable possibility that the verdict would have been any different if the trial judge's error had not been made. While there were some inconsistencies in the testimony of the Crown's main witness, explanations were offered for these inconsistencies and it was open to the jury to accept or reject them. The trial judge instructed the jury that the evidence of the Crown's principal witness had not been corroborated in significant respects. The fact defence counsel was not in addition permitted to comment on the missing witness lost most of its significance in light of the judge's instruction on the lack of corroboration. It cannot be assumed that the jury had forgotten that what had been promised by the Crown had not been delivered.

The accused's cross-appeal should be dismissed for the reasons expressed in the Court of Appeal.

Cases Cited

Applied: *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; **distinguished:** *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740; **referred to:** *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113;

procès et de la modifier en cours de route, pourvu que la modification n'entraîne aucune inéquité pour l'accusé. En cas de préjudice (comme c'est le cas en l'espèce), il y a lieu à réparation.

Le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a de fait (voire de façon explicite) empêché l'avocat de la défense de commenter l'absence du témoin annoncé, B. Le fait que le substitut du procureur général a annoncé à deux reprises au jury le témoignage de B a causé un certain préjudice parce qu'il affirmait l'existence d'un témoignage corroborant. Bien qu'elle n'ait pas eu le droit de recommander de tirer l'inférence défavorable que le témoignage de B aurait été favorable à l'accusé, la défense avait le droit de faire valoir au jury que l'omission de faire entendre B avait laissé un certain vide dans la preuve du ministère public. Le refus à la défense du droit de faire des commentaires est une erreur de droit.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en refusant d'appliquer la disposition réparatrice. Selon le sous-al. 686(1)(b)(iii), la cour doit examiner la gravité de l'erreur en question, l'effet qu'elle a vraisemblablement eu sur le processus d'inférence du jury et la probabilité de culpabilité de l'accusé d'après la preuve légalement admissible non viciée par l'erreur. Il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le juge du procès n'avait pas commis l'erreur. Même s'il y avait des contradictions dans la déposition du témoin principal du ministère public, des explications ont été fournies à leur égard et il était loisible au jury de les accepter ou de les rejeter. Le juge du procès a mentionné dans sa directive au jury que la déposition du principal témoin à charge n'avait pas été corroboré sur des points importants. Le fait que l'avocat de la défense n'ait pas été, non plus, autorisé à faire des commentaires sur l'absence du témoin annoncé n'a plus grande importance étant donné la directive du juge sur l'absence de corroboration. On ne peut supposer que le jury ait oublié que le ministère public n'a pas tenu parole.

Le pourvoi incident de l'accusé est rejeté pour les motifs formulés en Cour d'appel.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3; *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740; **arrêts mentionnés:** *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Cook*,

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. V. (J.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 284; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *R. v. Rooke* (1988), 40 C.C.C. (3d) 484; *Graves v. United States*, 150 U.S. 118 (1893); *Murray v. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499; *United States v. Hines*, 470 F.2d 225 (1972), *certiorari* denied, 410 U.S. 968 (1973); *Duke Group Ltd. (in Liquidation) v. Pilmer & Ors*, [1998] A.S.O.U. 6529 (QL); *O'Donnell v. Reichard*, [1975] V.R. 916; *R. v. Zehr* (1980), 54 C.C.C. (2d) 65; *R. v. Koffman and Hirschler* (1985), 20 C.C.C. (3d) 232; *R. v. Dupuis* (1995), 98 C.C.C. (3d) 496; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599.

[1997] 1 R.C.S. 1113; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *V. (J.) c. R.*, J.E. 94-863, 91 C.C.C. (3d) 284; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Blatch c. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *R. c. Rooke* (1988), 40 C.C.C. (3d) 484; *Graves c. United States*, 150 U.S. 118 (1893); *Murray c. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499; *United States c. Hines*, 470 F.2d 225 (1972), *certiorari* refusé, 410 U.S. 968 (1973); *Duke Group Ltd. (in Liquidation) c. Pilmer & Ors*, [1998] A.S.O.U. 6529 (QL); *O'Donnell c. Reichard*, [1975] V.R. 916; *R. c. Zehr* (1980), 54 C.C.C. (2d) 65; *R. c. Koffman and Hirschler* (1985), 20 C.C.C. (3d) 232; *R. c. Dupuis* (1995), 98 C.C.C. (3d) 496; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

Authors Cited

Mewett, Alan W. "No Substantial Miscarriage of Justice". In Anthony N. Doob and Edward L. Greenspan, eds., *Perspectives in Criminal Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985, 81.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1979.

Doctrine citée

Mewett, Alan W. «No Substantial Miscarriage of Justice». In Anthony N. Doob and Edward L. Greenspan, eds., *Perspectives in Criminal Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985, 81.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1979.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1998), 125 C.C.C. (3d) 210, 20 C.R. (5th) 326, [1998] Q.J. No. 1221 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction on four counts of murder and ordering a new trial. Appeal allowed and convictions restored. Cross-appeal dismissed.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1998), 125 C.C.C. (3d) 210, 20 C.R. (5th) 326, [1998] A.Q. n° 1221 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à quatre accusations de meurtre et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli et déclarations de culpabilité rétablies. Pourvoi incident rejeté.

Henri-Pierre Labrie and Jacques Pothier, for the appellant.

Henri-Pierre Labrie et Jacques Pothier, pour l'appelante.

Alain Brassard, for the respondent.

Alain Brassard, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

BINNIE J. — This appeal requires the Court to consider the circumstances in which the Crown's failure to call an important witness at a criminal trial can be the subject of comment in the defence jury address or the basis of a trial judge's "missing witness" jury instruction.

LE JUGE BINNIE — Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour doit déterminer dans quels cas l'omission du ministère public de faire entendre un témoin important lors d'un procès criminel peut faire l'objet de commentaires dans l'exposé de la défense au jury ou constituer le fondement d'une directive du juge au jury quant à l'absence du témoin annoncé.

The issue arises in this way. The respondent, Daniel Jolivet, was found guilty by a jury of four counts of murder in killings that were described as a settling of scores in the stolen goods and drug trade. The conviction was based largely on the testimony of an informer named Claude Riendeau. In the course of the trial, Crown counsel indicated to the jury on two separate occasions that the Crown would be calling one of the respondent's sometime "business" associates, Gérald Bourgade, to corroborate important admissions said to be made by the respondent in the presence of Riendeau and Bourgade. Just prior to the close of the case for the prosecution, he advised the court that the Crown no longer intended to call Bourgade.

La question s'est présentée de la manière suivante. L'intimé, Daniel Jolivet, a été déclaré coupable, par un jury, de quatre meurtres, qui ont été décrits comme étant des règlements de comptes dans le commerce d'objets volés et le trafic de stupéfiants. La déclaration de culpabilité était fondée en grande partie sur le témoignage d'un délateur du nom de Claude Riendeau. Au cours du procès, le substitut du procureur général a mentionné à deux reprises au jury que le ministère public ferait entendre l'un des anciens «associés» de l'intimé, Gérald Bourgade, pour qu'il corrobore des aveux importants que l'intimé aurait faits en présence de Riendeau et Bourgade. Juste avant de clore sa preuve, le substitut a informé la cour que le ministère public n'avait plus l'intention de le faire.

This surprising reversal of position by the Crown was accompanied by an explanation that the Quebec Court of Appeal described as "astounding". Crown counsel said that even though he had put Bourgade on the list of Crown witnesses for trial, and had twice referred to Bourgade's expected appearance before the jury, he had concluded, somewhat belatedly, that he did not consider truthful the testimony given by Bourgade at the preliminary inquiry.

Ce revirement surprenant de la part du ministère public a été expliqué d'une façon que la Cour d'appel du Québec a qualifiée [TRADUCTION] «d'étonnante». Le substitut du procureur général a dit que, même s'il avait inscrit le nom de Bourgade sur la liste des témoins à charge et qu'il avait mentionné à deux reprises au jury la comparution de ce témoin, il avait conclu, quelque peu tardivement, qu'il ne considérait pas véridique le témoignage de Bourgade à l'enquête préliminaire.

The defence wished to comment on the missing Bourgade in its closing address, but was effectively prevented from doing so by the trial judge, who also declined to give any jury instruction on the point. The Quebec Court of Appeal held unani-

Dans son exposé final, la défense a voulu commenter l'absence du témoin annoncé, Bourgade, mais il en a été empêché, dans les faits, par le juge du procès, qui a également refusé de donner des directives au jury à cet égard. La Cour d'appel du

1

2

3

4

mously that this refusal to allow defence counsel to comment on the missing witness was an error.

5

A majority of the Quebec Court of Appeal ordered a new trial. Robert J.A., dissenting, concluded that there was no reasonable possibility that the verdict would have been different had the trial judge permitted the defence to make its comment. He would therefore have refused a new trial and dismissed the appeal. On appeal as of right to this Court, the respondent took the position that such a division of opinion in an appellate court does not raise any question of law, and that this Court lacked jurisdiction to continue with the appeal. The Crown relied on the statement of the Court in *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834, at p. 852, that “[t]he Court of Appeal must give substance to the concept of ‘miscarriage of justice’ and this involves a legal determination”. The panel of the Court hearing this appeal reserved the question as to whether the reasonableness of a possible verdict raises a question of law to be revisited by the full Court on a comparable objection in *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, in relation to s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Judgment in *Biniaris* was recently released on April 13, 2000. For the reasons given in that case, the correctness of the dictum from *Mahoney* is affirmed and the preliminary objection to jurisdiction is therefore dismissed.

6

On the substantive issues, for the reasons which follow, my view is that the Quebec Court of Appeal was correct in concluding that the trial judge ought to have permitted defence counsel to comment on the Crown’s failure to call the corroborative witness, but that the majority erred in refusing to apply the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii). I would therefore set aside the majority decision of the Quebec Court of Appeal on the narrow issue of whether or not the curative proviso applies and allow the Crown’s appeal, not-

Québec a conclu à l’unanimité que ce refus d’autoriser l’avocat de la défense à commenter l’absence d’un témoin annoncé était une erreur.

Les juges majoritaires de la Cour d’appel du Québec ont ordonné la tenue d’un nouveau procès. Le juge Robert, dissident, a conclu qu’il n’y avait aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le juge du procès avait autorisé la défense à faire ses commentaires. Il était donc d’avis de refuser d’ordonner la tenue d’un nouveau procès et de rejeter l’appel. Dans le cadre du pourvoi de plein droit interjeté auprès de notre Cour, l’intimé a prétendu qu’une telle divergence d’opinion au sein d’une cour d’appel ne soulève pas une question de droit et que notre Cour n’avait pas compétence pour entendre le pourvoi. Le ministère public se fonde sur la déclaration faite par la Cour dans *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834, aux pp. 852 et 853, selon laquelle «[l]a Cour d’appel doit concrétiser la notion d’‘erreur judiciaire’ et cela comporte une décision sur un point de droit». La formation de la Cour entendant le pourvoi a mis en délibéré la question de savoir si le caractère raisonnable d’un verdict possible soulève un point de droit, jusqu’à ce qu’elle puisse être réexaminée, en formation plénière, d’après une objection comparable soulevée dans *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, dans le cadre du sous-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le jugement dans *Biniaris* a été rendu le 13 avril 2000. Pour les motifs exposés dans cette affaire, le bien-fondé de l’opinion donnée dans *Mahoney* est confirmé et l’opposition préliminaire fondée l’absence de compétence est donc rejetée.

Pour ce qui est des questions de fond, j’estime, pour les motifs qui suivent, que la Cour d’appel du Québec a eu raison de conclure que le juge du procès aurait dû autoriser l’avocat de la défense à commenter l’omission du ministère public de citer le témoin corroborant, mais j’estime également que les juges majoritaires ont commis une erreur en refusant d’appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b)(iii). Je suis donc d’avis d’annuler la décision majoritaire de la Cour d’appel du Québec sur la question précise de l’application de

withstanding the error of law committed by the trial judge. The jury verdict of guilt is therefore reinstated.

Relevant Statutory Provisions

Criminal Code

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . .

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law,

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

Facts

The Trial — Quebec Superior Court — Biron J.

At trial, the circumstances leading to the four killings were recounted by the Crown's principal witness, Claude Riendeau, an informer. A detailed account of that testimony is found in the meticulous reasons for judgment of Robert J.A., dissenting, reported at (1998), 125 C.C.C. (3d) 210, and will not be repeated here. The respondent chose not to testify.

On two separate occasions during the trial, counsel for the Crown made reference to an additional witness, Gérald Bourgade, who he said would be called to testify and who was expected to

la disposition réparatrice et d'accueillir le pourvoi du ministère public, malgré l'erreur de droit commise par le juge du procès. Le verdict de culpabilité du jury est donc rétabli.

Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

. . .

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

. . .

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

. . .

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

Les faits

Le procès — Cour supérieure du Québec — Le juge Biron

Au procès, le principal témoin à charge, Claude Riendeau, un délateur, a relaté les événements ayant conduit aux quatre meurtres. On trouve un compte rendu détaillé de son témoignage dans les motifs circonstanciés du juge Robert, dissident, qui sont publiés à (1998), 20 C.R. (5th) 326. Ce témoignage ne sera pas répété dans les présents motifs. L'intimé a préféré ne pas témoigner.

À deux reprises durant le procès, l'avocat du ministère public a fait allusion à un autre témoin, Gérald Bourgade, qui devait être entendu et confirmer en partie le témoignage de Riendeau. Le nom

7

8

9

confirm in part the testimony of Riendeau. The first reference to this witness was made in the Crown's opening address to the jury:

[TRANSLATION] You will hear two people, Riendeau and Bourgade, who heard the accused announce his intention to get rid of two of the victims, Leblanc and Lemieux, and were there when he made certain preparations for that crime. Riendeau will then tell you that on the day after the crime, he met Jolivet, who admitted having made a clean sweep. You will also see that Riendeau, at that time, saw narcotics — cocaine from the victims — in the possession of the accused or other people under his control. And we will then present you with circumstantial evidence that partly relates to the accused, and other circumstantial evidence, all kinds of minor circumstances to show you that the witnesses Riendeau and Bourgade could not have made up their story and that it is based on independent facts we can prove to you. [Emphasis added.]

The Crown again stated that Bourgade would be called by way of an objection during the defence's cross-examination of Riendeau:

[TRANSLATION]

Q.: And the reason Mr. Bourgade called you to tell you that is because . . .

[The Crown]:

I object. The reason Bourgade called him, it's Bourgade who will tell us that. It's not him. [Emphasis added.]

Crown counsel later declined to call Bourgade but, as mentioned, failed to explain why, given his disbelief in Bourgade's testimony, he had subsequently put Bourgade's name on the list of Crown witnesses to be called at trial and at the trial itself had affirmed his intention of calling Bourgade on two separate occasions in front of the jury.

de ce témoin a été mentionné pour la première fois dans l'exposé initial du ministère public au jury:

Vous entendrez deux personnes, soit Riendeau et Bourgade, qui ont entendu l'accusé annoncer son intention de se débarrasser de deux des victimes, soit Leblanc et Lemieux, et faire en présence de ces deux-là certaines préparations pour ce crime-là. Riendeau vous dira ensuite que le lendemain du crime, il a rencontré Jolivet et que celui-ci lui a avoué avoir fait maison nette. Vous verrez aussi que Riendeau, à ce moment-là, a vu, en possession de l'accusé ou d'autres personnes sous son contrôle des stupéfiants, de la cocaïne qui provenait de chez les victimes. Et nous vous présenterons ensuite une preuve circonstancielle qui se rapporte partiellement à l'accusé, et une autre preuve circonstancielle, toutes sortes de petites circonstances qui vont venir vous montrer que les témoins Riendeau et Bourgade ne peuvent avoir inventé leur histoire et qu'elle est basée sur des faits indépendants que nous sommes en mesure de vous prouver. [Je souligne.]

Lorsqu'il a soulevé une objection pendant le contre-interrogatoire de Riendeau par la défense, le ministère public a de nouveau affirmé que Bourgade serait entendu:

Q.: Et la raison pour laquelle monsieur Bourgade vous appelle pour vous dire ça c'est parce que . . .

[Le substitut du procureur général]:

Je m'objecte. La raison pour laquelle Bourgade l'appelle, c'est Bourgade qui va nous le dire. Ce n'est pas lui. [Je souligne.]

Le substitut par la suite décidé de ne pas citer Bourgade comme témoin mais, comme je l'ai mentionné, il n'a pas expliqué pourquoi, n'ayant pas cru le témoignage de Bourgade, il avait néanmoins mis son nom sur la liste des témoins à charge qui seraient entendus au procès ni pourquoi il avait affirmé à deux reprises devant le jury, au procès, son intention de le faire témoigner.

During discussions with the trial judge and Crown counsel in the absence of the jury, defence counsel indicated that he wished to comment in his jury address on the Crown's failure to call Bourgade. The trial judge pointed out that the Crown is under no obligation to call every witness

Au cours des discussions qu'il a eues avec le juge du procès et le substitut du procureur général en l'absence du jury, l'avocat de la défense a mentionné qu'il désirait faire des commentaires dans sa plaidoirie sur l'omission du ministère public de faire entendre Bourgade. Le juge du procès a fait

who may have some knowledge of the relevant events and that it was his practice to so instruct the jury. Instead, the trial judge offered defence counsel the opportunity to call Bourgade and cross-examine him, but that offer was rejected. The trial judge then indicated that if defence counsel commented on the Crown's failure to call Bourgade, the trial judge would instruct the jury that Bourgade could have been called by the respondent as well as the Crown. Faced with this warning, defence counsel did not raise the issue in the jury address and the trial judge said nothing on the point in his charge.

Quebec Court of Appeal (1998), 125 C.C.C. (3d) 210

The Court of Appeal was unanimous in its finding that defence counsel should have been allowed to comment on the Crown's failure to call its previously announced witness, Bourgade. Fish J.A. held (at p. 219) that the curative proviso should not be applied in the present case because the accused's right to a "fair trial" had been compromised by the *combined* effect of:

(1) the Crown's repeated statements that Bourgade would be called as a witness; (2) the Crown's disclosure to the jury of the incriminating evidence Bourgade was expected to give; (3) the Crown's failure to call Bourgade; (4) the astonishing reason invoked for this decision; and (5) the impairment of defence counsel's right, in these circumstances, to comment on Bourgade's absence.

The trial judge's error caused a substantial wrong to the accused and the trial judge's offer of the witness in cross-examination was not enough to cure that wrong. Vallerand J.A., in concurring reasons, agreed with Fish J.A. The appeal was therefore allowed, Robert J.A. dissenting, and a new trial ordered.

Analysis

Counsel generally avoid leading a jury to anticipate more than he or she can deliver. Jurors are

valoir que le ministère public n'était pas obligé de faire entendre tous les témoins qui peuvent avoir une certaine connaissance des événements pertinents et qu'il avait l'habitude d'en informer le jury. Par contre, il a donné à l'avocat de la défense la possibilité de faire comparaître Bourgade pour le contre-interroger, mais cette offre a été rejetée. Il a alors indiqué que si l'avocat de la défense commentait cette omission, il informerait le jury que Bourgade aurait pu être cité comme témoin aussi bien par l'intimé que par le ministère public. Face à cet avertissement, l'avocat de la défense n'a pas abordé la question dans sa plaidoirie et le juge du procès n'a rien dit à ce sujet dans son exposé.

Cour d'appel du Québec (1998), 20 C.R. (5th) 326

La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que l'avocat de la défense aurait dû être autorisé à commenter l'omission du ministère public de faire entendre le témoin Bourgade, qu'il avait auparavant annoncé. Le juge Fish (à la p. 333) a conclu que la disposition réparatrice ne devait pas être appliquée en l'espèce parce que le droit de l'accusé à un [TRADUCTION] «procès équitable» avait été compromis par les effets *conjugués*:

[TRADUCTION] (1) des multiples affirmations du ministère public selon lesquelles Bourgade serait appelé à témoigner; (2) de la divulgation au jury par le ministère public du témoignage incriminant que Bourgade était censé apporter; (3) de l'omission du ministère public de faire entendre Bourgade; (4) de la raison étonnante invoquée pour expliquer de cette décision; et (5) de l'atteinte au droit de l'avocat de la défense, dans les circonstances, de commenter l'absence de Bourgade.

L'erreur du juge du procès a causé un tort important à l'accusé et son offre de contre-interroger le témoin n'était pas suffisante pour réparer ce tort. Dans des motifs concordants, le juge Vallerand s'est dit d'accord avec le juge Fish. L'appel a donc été accueilli, le juge Robert étant dissident, et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée.

Analyse

Les avocats évitent généralement d'amener le jury à s'attendre à plus que ce qu'ils peuvent lui

11

12

likely to remember unfulfilled promises and draw their own conclusions, whether or not the shortfall is specifically brought to their attention. Here the Crown told the jury about the existence of Gérald Bourgade and his expected corroborative testimony and subsequently failed to deliver. The respondent was nevertheless convicted. Defence counsel argues that he was entitled to rely on expectations induced by the statements of Crown counsel that an important witness would be called, and to shape his trial strategy accordingly. If Crown counsel, as here, resiles from a position plainly stated, what is the precise mischief and what is the appropriate remedy?

13

It is important to emphasize at the outset that the defence does not pretend that the evidence of Gérald Bourgade would have been exculpatory. Defence counsel had received full disclosure on this point and had heard Bourgade's testimony at the preliminary inquiry. There is no suggestion in this case that the Crown's conduct prevented the defence from having timely access to relevant information. While Bourgade's statement to the police and his evidence at the preliminary inquiry were inconsistent in some respects with the testimony of Riendeau, Bourgade's testimony nevertheless incriminated the respondent. Defence counsel clearly had no intention of accepting the trial judge's offer at the conclusion of the case to allow Bourgade to be called for the purpose of a defence cross-examination:

[TRANSLATION]

Mr. MacDONALD:

I have the name Bourgade as a witness.

THE COURT:

Yes. Counsel, you have known since last Thursday that the Crown was not calling him. Did you ask to cross-examine him?

Mr. MacDONALD:

I have no request . . .

THE COURT:

Are you requesting that now?

fournir. Les jurés se souviendront vraisemblablement des promesses non tenues et tireront leurs propres conclusions, que l'omission soit ou non expressément portée à leur attention. En l'espèce, le ministère public a parlé au jury de Gérald Bourgade et du témoignage corroborant qu'il allait apporter, mais s'est abstenu de le faire entendre par la suite. L'intimé a néanmoins été déclaré coupable. L'avocat de la défense prétend qu'il avait le droit de se fier aux attentes induites par les déclarations du substitut du procureur général, selon lesquelles un témoin important serait entendu, et d'élaborer sa stratégie de procès en conséquence. Si, comme en l'espèce, le substitut revient sur une position clairement énoncée, quel est le tort exact causé et quelle est la réparation appropriée?

Il est important de souligner dès le départ que la défense ne prétend pas que le témoignage de Gérald Bourgade aurait été disculpatoire. L'avocat de la défense avait bénéficié d'une divulgation complète à cet égard et avait entendu le témoignage de Bourgade à l'enquête préliminaire. Rien n'indique en l'espèce que la conduite du ministère public ait empêché la défense d'avoir accès en temps voulu à des renseignements pertinents. Même si la déclaration faite par Bourgade à la police et son témoignage à l'enquête préliminaire contredisaient à certains égards le témoignage de Riendeau, celui de Bourgade incriminait néanmoins l'intimé. L'avocat de la défense n'avait manifestement pas l'intention d'accepter l'offre du juge à la fin de la preuve à charge de faire comparaître Bourgade pour le contre-interroger:

PAR Me MacDONALD:

J'ai le nom de Bourgade comme témoin.

PAR LA COUR:

Oui. Maître, vous savez depuis jeudi passé que la Couronne ne le faisait pas entendre. Avez-vous demandé qu'il soit soumis à votre contre-interrogatoire?

PAR Me MacDONALD:

Je n'ai pas de demande . . .

PAR LA COUR:

Le demandez-vous dans le moment?

Mr. MacDONALD:

No. Am I . . . ? Pardon?

THE COURT:

Are you asking that he be called . . .

Mr. MacDONALD:

I have no . . .

THE COURT:

. . . so that you can cross-examine him?

Mr. MacDONALD:

. . . I do not wish to have Mr. Bourgade called.

The underlying defence complaint relates to trial tactics. The defence claims that the Crown's failure to follow through on what the defence sees as a commitment to call Bourgade deprived it of an opportunity to attempt to create conflicts between the evidence of the Crown's principal witnesses. Such conflicts between two incriminating witnesses could potentially raise a reasonable doubt in the mind of the jury that the prosecution had proved its case. This *potential* benefit, however, has to be seen in light of the *actual* benefit to the defence of having the Crown decide to go to the jury on the basis of the uncorroborated evidence of one unsavoury witness, Riendeau. Defence counsel was astute to play up the silver lining in the threatened black cloud of Bourgade's corroborative evidence, but in the end it seems he was not unhappy to see Bourgade fail to materialize. In addition, the defence says that statements to the jury by the Crown about what Bourgade was expected to say in effect put Bourgade's testimony before the jury unsworn and without any benefit of cross-examination. At a minimum, the defence says it ought to have been allowed to call the jury's attention to the Crown's inconsistencies and failed promises.

1. *The Crown Was Under No Obligation to Call Bourgade*

PAR Me MacDONALD:

Non. Si? Pardon?

PAR LA COUR:

Si vous le demandez qu'on le fasse venir . . .

PAR Me MacDONALD:

Je n'ai pas . . .

PAR LA COUR:

. . . pour que vous le contre-interrogiez?

PAR Me MacDONALD:

. . . je ne veux pas faire entendre monsieur Bourgade.

La plainte sous-jacente de la défense a trait aux tactiques du procès. La défense prétend que l'omission du ministère public de donner suite à ce qu'elle considère comme un engagement de faire entendre Bourgade l'a privée de la possibilité de tenter de faire ressortir des contradictions entre les dépositions des principaux témoins à charge. Des contradictions entre les déclarations de deux témoins incriminants auraient pu soulever un doute raisonnable dans l'esprit des jurés quant à la question de savoir si la poursuite avait établi sa preuve. Cet avantage *potentiel* doit cependant être examiné en fonction de l'avantage *réel* que la défense peut tirer de la décision du ministère public de présenter au jury une preuve reposant sur le témoignage non corroboré d'un témoin douteux, Riendeau. L'avocat de la défense a été astucieux d'essayer de tirer avantage de la situation en protestant contre l'absence de témoignage corroborant de la part de Bourgade, mais, en fin de compte, il n'était apparemment pas mécontent que Bourgade ne témoigne pas. La défense dit en outre que les déclarations faites au jury par le ministère public au sujet de ce que Bourgade devait dire ont eu comme effet de soumettre son témoignage au jury sans assermentation ni contre-interrogatoire. La défense dit qu'on aurait dû au moins l'autoriser à attirer l'attention du jury sur les contradictions et les promesses non tenues du ministère public.

1. *Le ministère public n'était pas tenu de faire entendre Bourgade*

14 It was established in *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, affirmed in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, and reaffirmed in *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113, that the Crown is under no obligation to call a witness it considers unnecessary to the prosecution's case. In *Lemay*, *supra*, Kerwin J. stated, at p. 241:

Of course, the Crown must not hold back evidence because it would assist an accused but there is no suggestion that this was done in the present case or, to use the words of Lord Thankerton, "that the prosecutor had been influenced by some oblique motive."

15 The reference to evidence that "would assist an accused" was made, of course, before the enhanced disclosure obligations on the Crown were laid down in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and in any event referred, in context, to evidence that was exculpatory, not, as here, to evidence which offers only the potential for raising inconsistencies among witnesses who have only inculpatory evidence to offer. In general, witnesses should be called by the party that wants their evidence.

16 In *Cook*, L'Heureux-Dubé J., for the Court, stated that the Crown had no duty to call witnesses "regardless of their truthfulness, desire to testify, or of their ultimate effect on the trial" (para. 19), and endorsed what was said on that point by LeBel J.A. (as he then was) in *R. v. V. (J.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 284 (Que. C.A.), at pp. 287-88:

[TRANSLATION] Crown counsel, of course, while bound by strict duties so as to ensure the preservation of the integrity of the criminal justice system, however must operate in the context of an adversarial procedure. Once he has satisfied the obligation to disclose the evidence, it is for him, in principle, to choose the witnesses necessary to establish the factual basis of his case. If he does not call the necessary witnesses or evidence, he exposes the prosecution to dismissal of the charge for having failed to establish its case completely and in accordance with the reasonable doubt rule. However, once this obligation has been met and if improper

Il a été établi dans l'arrêt *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232, confirmé par *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, et reconfirmé par *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, que le ministère public n'est pas tenu de faire entendre un témoin qu'il ne considère pas nécessaire pour établir sa preuve. Dans l'arrêt *Lemay*, précité, le juge Kerwin dit (à la p. 241):

[TRADUCTION] Évidemment, le ministère public ne doit pas dissimuler d'éléments de preuve pour le motif qu'ils aideraient l'accusé, mais on n'a pas donné à entendre que c'est le cas en l'espèce ou, pour emprunter les mots de lord Thankerton, «que le poursuivant a agi pour des motifs inavoués.»

La mention d'éléments de preuve qui «aideraient l'accusé» a été faite, naturellement, avant que l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, vienne élargir les obligations de divulgation, et visait de toute manière des éléments de preuve disculpatoires, et non pas, comme en l'espèce, des éléments de preuve permettant seulement de mettre en évidence des contradictions entre des témoignages uniquement inculpatatoires. En général, les témoins doivent être cités par la partie qui désire les faire entendre.

Dans l'arrêt *Cook*, le juge L'Heureux-Dubé, au nom de notre Cour, dit que le ministère public n'est pas tenu de faire entendre des témoins «sans égard à leur crédibilité, à leur désir de témoigner ou à l'effet ultime de leur témoignage sur le procès» (par. 19) et appuie ce qui a été dit sur cette question par le juge LeBel, de la Cour d'appel (maintenant juge de notre Cour), dans l'arrêt *V. (J.) c. R.*, J.E. 94-863 (C.A.), à la p. 6 du texte intégral:

Le procureur de la Couronne, tenu certes à des obligations strictes pour garantir la préservation de l'intégrité du système de justice pénale, œuvre cependant dans le contexte d'une procédure contradictoire. Une fois qu'il a satisfait à l'obligation de communication de preuve, il lui appartient, en principe, de choisir les témoins nécessaires pour établir la base factuelle de sa cause. S'il ne produit pas les témoins ou les éléments de preuve nécessaires, il expose la poursuite au rejet de l'accusation, faute de l'établir complètement et conformément à la règle du doute raisonnable. Cependant, une fois cette obligation remplie et si on ne peut lui imputer de motifs

motives cannot be imputed to him, such as the desire, for example, to hide exculpatory evidence, as a general rule, he will be considered to have properly executed this part of his function in the criminal trial. The defence may, at that time, do its work and call its own witnesses, if it considers it appropriate to do so.

L'Heureux-Dubé J. thus stated in *Cook* that “[a]s a general principle, we have recognized that for our system of criminal justice to function well, the Crown must possess a fair deal of discretion” (para. 19). Imposition of a duty to call particular witnesses would unnecessarily constrain the exercise of the Crown’s prosecutorial discretion. The statements made in opening and in the course of trial were consistent only with the Crown’s intention at that time to call Bourgade, but a statement of intention does not necessarily amount to an undertaking or commitment and the trial judge found in favour of the Crown on that point. Fish and Vallerand J.J.A. considered that in light of the Crown’s statements in front of the jury, Bourgade should have been called “[a]bsent an unforeseen impediment or other satisfactory explanation” (p. 222). I agree that the Crown’s conduct called for an explanation, but Crown counsel explained that he believed Bourgade would not be a truthful witness. If the Crown’s explanation is believed (as it was), I think the trial judge was correct to shift the focus from the dispute about whether the witness should be called to whether and what remedial steps needed to be taken to address any unfairness created by the Crown’s change of position.

At that stage, the trial court had a number of options to address any unfairness created by the Crown’s change of position, as pointed out by L’Heureux-Dubé J. in *Cook*, at para. 39:

In my view, placing an obligation upon the Crown to call all witnesses with information bearing on the case would disrupt the inherent balance of our adversary system. I note, however, that the accused is also not obliged to call the witness. . . . [T]here are other options which are available to the accused in an appropriate case

inadmissibles, comme la volonté, par exemple, de cacher une preuve à décharge, on estimera, en règle générale, qu’il a exécuté correctement cet aspect de sa fonction dans le procès pénal. De son côté, la défense pourra, à ce moment, faire son travail et produire ses propres témoins, si elle le juge à propos.

Le juge L’Heureux-Dubé dit ensuite dans l’arrêt *Cook*, précité: «Nous avons reconnu comme principe général de bon fonctionnement de notre système de justice criminelle que le ministère public doit disposer d’un assez large pouvoir discrétionnaire» (par. 19). L’imposition de l’obligation de faire entendre des témoins donnés restreindrait inutilement l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Les déclarations faites dans l’exposé initial et au cours du procès ne représentaient que l’intention du ministère public, à ces moments-là, de faire entendre Bourgade, mais une déclaration d’intention n’équivaut pas nécessairement à un engagement et le juge du procès a donné raison au ministère public sur cette question. Les juges Fish et Vallerand estimaient que, selon les déclarations du ministère public devant le jury, Bourgade aurait dû être cité [TRADUCTION] «en l’absence d’un empêchement imprévu ou de toute autre explication satisfaisante» (p. 336). Je reconnais que la conduite du ministère public méritait une explication, mais le substitut a expliqué qu’il croyait que Bourgade ne serait pas un témoin sincère. J’estime que, ayant cru l’explication du ministère public, le juge du procès avait raison de considérer que la question n’était plus de savoir si le témoin devait être cité, mais alors celle de savoir s’il y avait matière à réparation, et si oui, laquelle, pour remédier à toute inéquité causée par le revirement du ministère public.

À cette étape, le juge du procès disposait de plusieurs moyens pour remédier à toute inéquité causée par le revirement du ministère public, comme l’a souligné le juge L’Heureux-Dubé dans *Cook*, précité (au par. 39):

À mon avis, forcer le ministère public à citer tous les témoins qui possèdent de l’information ayant un lien avec l’affaire romprait l’équilibre interne de notre système contradictoire. Je note, toutefois, que l’accusé non plus n’est pas obligé de citer le témoin. [. . .] [L’]accusé dispose d’autres moyens, dont, notamment, dans les cas

including, but not limited to, asking the trial judge to call the witness, commenting in closing on the witness' absence, or asking the trial judge to comment. [Emphasis in last sentence added.]

It is these "other options" that we are required to address more fully in this case.

2. *The Crown's Conduct Did Not Amount to an Abuse of Process*

18

The Court recognized in *Cook* that, in some circumstances, a perverse or oppressive exercise of the prosecutorial discretion could amount to an abuse of process. Concern about the truthfulness of a witness is not a perverse consideration. In this case, Crown counsel explained to the trial judge why he did not wish to call Bourgade:

[TRANSLATION] Bourgade testified at the preliminary inquiry. What do you want from me if I did not believe him at the end of the preliminary inquiry? Am I going to be forced to put him on the witness stand?

Fish J.A. found it hard to reconcile this explanation with Crown counsel's subsequent decision to put Bourgade's name on the list of Crown witnesses to be called at trial if "he had already concluded that Bourgade was a liar" (p. 220). Even more damaging were his subsequent affirmations in front of the jury that Bourgade would be called. While I share some of Fish J.A.'s misgivings, the fact is the trial judge was there and accepted the explanation and I am not prepared to find that Crown counsel misled the trial court on this point. It is certainly possible that Crown counsel went through the early stages of the trial with the intention of calling Bourgade, and that it was only at the point of actually putting Bourgade in the witness box that he faced up to serious professional misgivings about asking the jury to rely on the man's credibility.

19

The onus to establish an abuse of process on a balance of probabilities rests on an accused: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 69. As the trial judge accepted Crown counsel's explanation

qui s'y prêtent, celui de demander au juge du procès de citer lui-même le témoin, de commenter, lors de la plaidoirie finale, l'absence du témoin ou de demander au juge du procès de faire un commentaire. [Je souligne dans la dernière phrase.]

Ce sont ces «autres moyens» que nous devons examiner plus à fond en l'espèce.

2. *La conduite du ministère public n'équivalait pas à un abus de procédure*

Dans l'arrêt *Cook*, notre Cour a reconnu que, dans certains cas, l'exercice irrégulier ou oppressif du pouvoir discrétionnaire du poursuivant pouvait équivaloir à un abus de procédure. Une préoccupation relative à la sincérité d'un témoin n'est pas une considération irrégulière. En l'espèce, le substitut du procureur général a expliqué au juge du procès pourquoi il ne voulait pas faire entendre Bourgade:

Bourgade a témoigné à l'enquête préliminaire. Qu'est-ce que vous voulez, moi, si je l'ai pas cru à la fin de l'enquête préliminaire est-ce qu'on va me forcer à le mettre dans la boîte?

Le juge Fish a estimé qu'il était difficile de concilier cette explication et la décision ultérieure du substitut d'inscrire le nom de Bourgade sur la liste des témoins à charge devant être entendus au procès [TRANSLATION] «s'il avait déjà conclu que Bourgade était un menteur» (p. 335). Ses affirmations ultérieures devant le jury selon lesquelles Bourgade serait entendu étaient encore plus préjudiciables. Même si je partage certaines réserves du juge Fish, il n'en reste pas moins que le juge du procès était là et qu'il a accepté l'explication; je ne suis donc pas prêt à conclure que le substitut a trompé le juge du procès sur cette question. Il se peut très bien que le substitut ait eu l'intention, au début du procès, de faire entendre Bourgade, et que ce soit seulement au moment de le faire témoigner qu'il a eu de sérieuses inquiétudes, du point de vue professionnel, à demander au jury de se fonder sur la crédibilité de l'homme.

Il incombe à l'accusé de démontrer l'abus de procédure selon la prépondérance des probabilités: *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au par. 69. Étant donné que le juge du procès a accepté l'ex-

that he did not call Bourgade because he considered him untruthful, there can be no question here of an abuse of process. Crown counsel, on this view, was acting to protect the integrity of the judicial system, not to compromise it.

L'Heureux-Dubé J. observed in *Cook, supra*, at para. 58, that "oblique motive" (the phrase used in *Lemay, supra*) generally implies improper conduct on the part of the Crown, and where it exists would likely give rise to a legitimate claim for an abuse of process. She added, however, that a concern about the Crown's motive that does not constitute an abuse of process may nevertheless be a factor in deciding what remedial action is appropriate, including the trial judge exercising his or her discretion to have the witness called.

Apart from his concern about Bourgade's truthfulness, Crown counsel may have reasoned that Riendeau's evidence went into the record better than he expected and at that stage he had no desire to expose it to inconsistent statements (which may themselves have been untruthful) emanating from Bourgade. If this was a concern that entered into the exercise by Crown counsel of his discretion, it is a concern shared by any prudent counsel faced with running his case effectively in an adversarial system. It is not the duty of the Crown to bend its efforts to provide the defence with the opportunity to develop and exploit potential conflicts in the prosecution's testimony. This is the stuff of everyday trial tactics and hardly rises to the level of an "oblique motive". Crown counsel is entitled to have a trial strategy and to modify it as the trial unfolds, *provided that the modification does not result in unfairness to the accused*. Where an element of prejudice results (as it did here), remedial action is appropriate.

3. *Was the Jury Entitled to Draw an Adverse Inference from the Crown's Failure to Call Bourgade?*

Cook, supra, listed some possible options to rectify any prejudice created by the Crown's failure to

plication du substitut du procureur général, selon laquelle il n'a pas fait entendre Bourgade parce qu'il pensait qu'il mentait, il ne peut être question d'abus de procédure en l'espèce. De ce point de vue, le substitut cherchait à protéger l'intégrité du système judiciaire et non pas y porter atteinte.

Le juge L'Heureux-Dubé dit dans l'arrêt *Cook*, précité, au par. 58, qu'un «motif inavoué» (expression utilisée dans l'arrêt *Lemay*, précité) suppose généralement un acte d'inconduite de la part du ministère public et que, si tel est le cas, cela peut donner lieu à un cas d'abus de procédure. Elle ajoute cependant qu'un doute au sujet des motifs du ministère public ne constituant pas un abus de procédure est néanmoins un facteur que le juge du procès peut prendre en considération pour décider de la réparation appropriée, notamment l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de faire entendre le témoin.

Il est possible qu'hormis ses doutes sur la sincérité de Bourgade, le substitut du procureur général ait estimé que le témoignage de Riendeau ressortait mieux qu'il ne l'avait prévu et qu'il n'ait pas voulu à cette étape l'exposer à des déclarations divergentes (peut-être fausses) de la part de Bourgade. Si c'est cela qui a dicté la décision du substitut, il a agi comme aurait agi tout avocat prudent qui doit présenter sa preuve de façon efficace dans un système contradictoire. Le ministère public n'est pas tenu de s'efforcer de donner à la défense la possibilité de faire ressortir et d'exploiter les contradictions que peut comporter la déposition des témoins de la poursuite. Il s'agit de tactiques habituelles du procès, et on peut difficilement parler de «motif inavoué». Le substitut a le droit d'avoir une stratégie de procès et de la modifier en cours de route, *pourvu que la modification n'entraîne aucune inéquité pour l'accusé*. En cas de préjudice (comme c'est le cas en l'espèce), il y a lieu à réparation.

3. *Le jury pouvait-il tirer une inférence défavorable de l'omission du ministère public de faire entendre Bourgade?*

L'arrêt *Cook*, précité, énumère certains moyens permettant de remédier à tout préjudice causé par

20

21

22

call a witness. These included a defence comment on that failure in its closing jury address. The purpose of making such a comment to the jury is inevitably to invite the jury to draw an adverse inference against the Crown's case. The questions at this point are, therefore, What circumstances justify such a comment, and What is the precise content of the adverse inference against the Crown's case that the defence is entitled to request?

23 Put at its highest, the Crown's failure to call Bourgade could in theory have led the jury to draw the adverse inference that Bourgade's testimony, if called, would have been unfavourable to the Crown. In my view, there was no basis to ask the jury to draw such a strong inference in this case.

24 Neither the defence nor the Crown have suggested that Bourgade would in fact have offered exculpatory evidence. The "adverse inference" principle is derived from ordinary logic and experience, and is not intended to punish a party *who exercises its right not to call the witness* by imposing an "adverse inference" which a trial judge in possession of the explanation for the decision considers to be wholly unjustified.

25 The general rule developed in civil cases respecting adverse inferences from failure to tender a witness goes back at least to *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, where, at p. 65, Lord Mansfield stated:

It is certainly a maxim that all evidence is to be weighed according to the proof which it was in the power of one side to have produced, and in the power of the other to have contradicted.

26 The principle applies in criminal cases, but with due regard to the division of responsibilities between the Crown and the defence, as explained below. It is subject to many conditions. The party against whom the adverse inference is sought may, for example, give a satisfactory explanation for the failure to call the witness as explained in *R. v. Rooke* (1988), 40 C.C.C. (3d) 484 (B.C.C.A.), at

l'omission du ministère public de faire entendre un témoin, notamment la possibilité pour la défense de commenter cette omission dans son exposé final au jury. Un tel commentaire vise inévitablement à inciter le jury à tirer une inférence défavorable au ministère public. Les questions qui se posent à cette étape sont donc: Quels cas justifient un tel commentaire et en quoi consiste exactement l'inférence défavorable que la défense a le droit de demander au jury de tirer?

Au mieux, l'omission du ministère public de faire entendre Bourgade aurait théoriquement pu amener le jury à tirer l'inférence défavorable que le témoignage de Bourgade (si on l'avait fait témoigner) aurait nui à la cause du ministère public. J'estime qu'en l'espèce, rien ne permettait de demander au jury de tirer une inférence aussi forte.

Ni la défense ni le ministère public n'ont laissé entendre que Bourgade aurait en fait rendu un témoignage disculpatoire. Le principe de l'«inférence défavorable» découle de la simple logique et de l'expérience et ne vise pas à punir la partie *qui exerce son droit de ne pas faire entendre le témoin* en lui imposant une «inférence défavorable» que le juge du procès, connaissant l'explication de cette décision, considère entièrement injustifiée.

La règle générale en matière civile relativement aux inférences défavorables fondées sur l'omission de faire entendre un témoin remonte au moins à la décision *Blatch c. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, à la p. 65, où lord Mansfield a dit:

[TRADUCTION] Il est certes bien établi qu'un témoignage doit être soupesé en fonction de la preuve qu'une partie pouvait produire et que l'autre partie pouvait contredire.

Le principe s'applique en matière criminelle, mais sous réserve du partage des responsabilités entre le ministère public et la défense, comme je l'explique plus loin. Ce principe est assujéti à de nombreuses conditions. La partie visée par l'inférence défavorable peut, par exemple, expliquer de façon satisfaisante l'omission de faire entendre le témoin, comme l'a expliqué l'arrêt *R. c. Rooke*

p. 513, quoting *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1979), vol. 2, at § 290:

In any event, the party affected by the inference may of course *explain* it away by showing circumstances which otherwise account for his failure to produce the witness. There should be no limitation upon this right to explain, except that the trial judge is to be satisfied that the circumstances thus offered would, in ordinary logic and experience, furnish a plausible reason for nonproduction. [Italics in original; underlining added.]

The party in question may have no special access to the potential witness. On the other hand, the “missing proof” may lie in the “peculiar power” of the party against whom the adverse inference is sought to be drawn: *Graves v. United States*, 150 U.S. 118 (1893), at p. 121. In the latter case there is a stronger basis for an adverse inference.

One must also be precise about the exact nature of the “adverse inference” sought to be drawn. In J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 297, § 6.321, it is pointed out that the failure to call evidence may, depending on the circumstances, amount “to an implied admission that the evidence of the absent witness would be contrary to the party’s case, or at least would not support it” (emphasis added), as stated in the civil case of *Murray v. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499 (Sask. C.A.), at p. 506. The circumstances in which trial counsel decide not to call a particular witness may restrict the nature of the appropriate “adverse inference”. Experienced trial lawyers will often decide against calling an available witness because the point has been adequately covered by another witness, or an honest witness has a poor demeanour, or other factors unrelated to the truth of the testimony. Other jurisdictions also recognize that in many cases the most that can be inferred is that the testimony would not have been helpful to a party, not necessarily that it would have been adverse: *United States v. Hines*, 470 F.2d 225 (3rd Cir. 1972), at p. 230, *certiorari* denied, 410 U.S. 968 (1973); and the Australian cases of *Duke Group Ltd. (in Liquidation) v. Pilmer & Ors*,

(1988), 40 C.C.C. (3d) 484 (C.A.C.-B.), à la p. 513, en citant *Wigmore on Evidence* (Chadbourn rev. 1979), vol. 2, au § 290:

[TRADUCTION] De toute manière, la partie touchée par l’inférence peut évidemment la *réfuter* en exposant les circonstances expliquant son omission de citer le témoin. Son droit d’explication ne doit pas être limité, sauf que le juge du procès doit être convaincu que les circonstances exposées constitueraient, selon la simple logique et l’expérience, une raison plausible pour l’absence de citation. [En italique dans l’original; je souligne.]

La partie en question peut n’avoir aucun accès spécial au témoin éventuel. D’autre part, la «preuve manquante» peut dépendre du «pouvoir particulier» de la partie visée par l’inférence défavorable: *Graves c. United States*, 150 U.S. 118 (1893), à la p. 121. Dans ce dernier cas, il est plus justifié de tirer une inférence défavorable.

Il faut également être précis quant à la nature exacte de l’«inférence défavorable» recherchée. Dans J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), à la p. 297, § 6.321, on souligne que l’omission de faire entendre un témoignage peut équivaloir, selon le cas, [TRADUCTION] «à l’aveu implicite que la déposition du témoin absent serait défavorable à la cause de la partie ou, du moins, qu’elle ne l’appuierait pas» (je souligne), comme il est mentionné dans l’affaire civile *Murray c. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499 (C.A. Sask.), à la p. 506. Les circonstances dans lesquelles l’avocat du procès décide de ne pas faire entendre un témoin donné peuvent restreindre la nature de l’«inférence défavorable» qui peut en découler. Les plaideurs expérimentés décident souvent de ne pas faire entendre un témoin disponible parce qu’un autre témoin a déjà traité adéquatement de la question, parce qu’un témoin honnête pourrait faire mauvaise impression ou pour d’autres raisons n’ayant rien à voir avec la véracité du témoignage. Dans d’autres ressorts, il est admis que, dans de nombreux cas, on peut inférer au mieux que le témoignage n’aurait pas été à l’avantage de la partie, et non pas nécessairement qu’il aurait été défavorable: *United States c. Hines*, 470 F.2d 225 (3rd Cir. 1972), à la p. 230, *certio-*

27

28

[1998] A.S.O.U. 6529 (QL), and *O'Donnell v. Reichard*, [1975] V.R. 916 (S.C.), at p. 929.

rari refusé, 410 U.S. 968 (1973); et les décisions australiennes *Duke Group Ltd. (in Liquidation) c. Pilmer & Ors*, [1998] A.S.O.U. 6529 (QL), et *O'Donnell c. Reichard*, [1975] V.R. 916 (S.C.), à la p. 929.

29 Applying these principles to the present facts, I think that if Crown counsel's explanation of his change of intention is accepted, the Crown acted in accordance with its ethical responsibilities, and an adverse inference that Bourgade would have given evidence unfavourable to the Crown would not be justified. If nothing had been said about Bourgade to the jury, that would have been an end to the matter. The complicating factor is that Crown counsel, despite his misgivings, twice announced to the jury that Bourgade would be called, and these announcements perhaps led the jury to anticipate that the Crown's case was stronger than it turned out to be. It is because of those announcements that I think a defence comment would have been appropriate.

Appliquant ces principes aux faits de la présente affaire, j'estime que, si on accepte l'explication fournie par le substitut du procureur général quant à son volte-face, le ministère public a agi conformément à ses obligations en matière d'éthique et une inférence défavorable selon laquelle Bourgade aurait rendu un témoignage défavorable au ministère public ne serait pas justifiée. Si rien n'avait été dit au jury au sujet de Bourgade, la question ne se serait pas posée. Le problème réside dans le fait que, en dépit de ses réserves, le substitut a annoncé à deux reprises au jury le témoignage de Bourgade et que, par suite de ces annonces, le jury s'attendait peut-être à ce que la preuve du ministère public soit plus forte que ce qu'elle a été. C'est en raison de ces annonces que j'estime qu'un commentaire de la défense aurait été justifié.

30 Crown counsel's comment had produced an element of prejudice by asserting the existence of corroborative evidence. An adverse inference of "unhelpfulness" would have been a fair result of the Crown's failure to substantiate its assertion.

Les commentaires du substitut du procureur général avaient causé un certain préjudice du fait qu'ils affirmaient l'existence d'un témoignage corroborant. Une inférence défavorable que ce témoignage n'aurait été à son avantage aurait été justifié du fait que le ministère public n'a pas étayé cette affirmation.

4. *Was the Defence Therefore Entitled to Comment on the Crown's Change of Position in its Jury Address?*

4. *La défense avait-elle donc le droit de commenter le revirement du ministère public dans son exposé au jury?*

31 The defence was asked by the trial judge to state precisely what he intended to say to the jury about the missing witness. Defence counsel made clear the very limited nature of his proposed comment:

Le juge du procès a demandé à l'avocat de la défense de préciser ce qu'il avait l'intention de dire au jury au sujet de l'absence du témoin annoncé. L'avocat a exprimé clairement la portée très limitée du commentaire qu'il voulait faire:

[TRANSLATION] All that I want to point out to the jury is that we would have been perhaps more enlightened if the Crown had called Mr. Bourgade who, according to Mr. Riendeau, was present when St-Pierre returned to the scene. Mr. St-Pierre could have been called, Mr. St-Pierre who was at the scene of the incident, according to

Tout ce que je veux souligner au jury, c'est qu'on aurait peut-être été davantage éclairés si le ministère public avait fait témoigner monsieur Bourgade qui, selon monsieur Riendeau, était présent lorsque St-Pierre est retourné sur les lieux. On aurait pu faire entendre monsieur St-Pierre, monsieur St-Pierre qui est sur les lieux

what Mr. Riendeau said. Why did the Crown not call these witnesses? Period.

(I note, parenthetically, that none of the judges accepted the defence objection to the Crown's failure to call St-Pierre, whose evidence had been rejected as untruthful in other Superior Court proceedings.)

The trial judge took the view that even this limited defence comment would contradict his standard jury instruction on the matter of calling witnesses, as follows:

[TRANSLATION] In a criminal trial, the Crown is not obliged to call all the witnesses who may have knowledge of the questions in issue. . . . The accused is no more obliged than the Crown in this regard. At this point in time, the Crown's case as well as the accused's case is closed. Even if you would like the evidence to be more complete on certain points, you will have to render a verdict on the evidence as it is at this time.

The trial judge therefore said that if defence counsel made the proposed comment (reproduced above), the trial judge would instruct the jury that it was equally open to the defence to call Bourgade. The trial judge's comment had the effect of precluding the defence from commenting on a weakness in the Crown's case, and thereby took away the appropriate remedy to address any unfairness created by the Crown's conduct.

The trial judge's reaction (as well as his standard charge that "[t]he accused is *no more* obliged than the Crown in this regard" (emphasis added)) wrongly equated the position of the Crown and the defence. The accused, on these facts, was not "obliged" at all. He was entitled to the presumption of innocence and the burden was on the Crown to prove him guilty beyond a reasonable doubt. The Crown had a burden of proof to discharge and was obliged to call witnesses to deal with the disputed facts. *Wigmore on Evidence*, *supra*, at § 290, underlines the importance of the burden of proof in relation to the adverse inference issue:

lors de l'incident, selon ce que nous dit monsieur Riendeau. Pourquoi la Couronne n'a-t-elle pas fait entendre ces témoins-là? Point.

(Je souligne en passant qu'aucun des juges n'a accepté l'objection de la défense relative à l'omission du ministère public de citer St-Pierre, dont le témoignage avait été rejeté en raison de sa fausseté par la Cour supérieure dans une autre instance.)

Le juge du procès a estimé que même ce simple commentaire de la défense aurait contredit la directive habituelle qu'il donne au jury au sujet de la comparution des témoins:

Lors d'un procès criminel, la Couronne n'est pas obligée de faire entendre tous les témoins qui peuvent avoir une connaissance des questions en litige [. . .] L'accusé n'a pas plus d'obligation que la Couronne à cet égard. À ce moment-ci, la preuve de la Couronne, aussi bien que [celle] de l'accusé, est close. Même si vous désireriez que la preuve soit plus complète sur certains points, il vous faudra rendre un verdict sur la preuve telle que faite à date.

Le juge du procès a donc dit que, si l'avocat de la défense faisait le commentaire prévu (susmentionné), il informerait le jury qu'il était également loisible à la défense de faire entendre Bourgade. Cette déclaration a pour effet d'empêcher la défense de commenter la faiblesse de la preuve du ministère public et a donc éliminé la réparation appropriée pour remédier à toute inéquité causée par la conduite du ministère public.

La réaction du juge du procès (de même que sa directive normale selon laquelle «[l']accusé *n'a pas plus* d'obligation que la Couronne à cet égard» (italiques ajoutés)) mettait à tort sur le même pied la position du ministère public et celle de la défense. D'après ces faits, l'accusé n'était pas du tout «obligé». Il avait droit à la présomption d'innocence et il incombait au ministère public de prouver sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Celui-ci avait la charge de la preuve et *était* obligé de faire entendre des témoins au sujet des faits en litige. *Wigmore on Evidence*, *op. cit.*, au § 290, souligne l'importance du fardeau de la preuve relativement à la question de la conclusion défavorable:

32

33

The opponent whose case is a denial of the other party's affirmation has no *burden of persuading the jury*. A party may legally sit inactive, and expect the proponent to prove his own case. Therefore, until the burden of producing evidence has shifted, the opponent has no call to bring forward any evidence at all, and may go to the jury trusting solely to the weakness of the first party's evidence. Hence, though he takes a risk in so doing, yet his failure to produce evidence cannot at this stage afford any inference as to his lack of it; otherwise the first party would virtually be evading his legitimate burden. This distinction has been recognized and is reasonable. [Italics in original; underlining added.]

[TRANSLATION] La partie dont la preuve consiste à réfuter les allégations de l'autre partie n'a pas le *fardeau de convaincre le jury*. Du point de vue juridique, une partie peut demeurer inactive et attendre que le proposant établisse sa propre preuve. Jusqu'au déplacement du fardeau de production de la preuve, l'opposant n'est donc pas tenu de produire quelque élément de preuve que ce soit et peut se présenter devant le jury en se fondant uniquement sur la faiblesse de la preuve du proposant. Par conséquent, même s'il prend un risque en agissant de la sorte, il n'en reste pas moins que son omission de produire des éléments de preuve ne peut pas permettre à cette étape que des conclusions soient tirées relativement à l'absence de preuve; autrement, le proposant échapperait pour ainsi dire au fardeau légitime qui lui incombe. Cette distinction est reconnue et raisonnable. [En italique dans l'original; je souligne.]

34

In light of the importance of Bourgade's expected "corroboration", and the emphasis put on it by the Crown in its opening statement, it was open to the defence to comment on the "missing witness" as well as any other aspect of the Crown's case that might lead to a reasonable doubt. The defence, it will be recalled, merely wanted to point out to the jury "that we would have been perhaps more enlightened if the Crown had called Mr. Bourgade who, according to Mr. Riendeau, was present when St-Pierre returned to the scene". The right of the defence to make such a comment was not dependent on showing the Crown had acted on an "oblique motive" in failing to call the expected witness. In its opening the Crown apparently considered it necessary to call Bourgade to make its case, and had then failed to call Bourgade, arguably acknowledging by its reversal of plans that the case presented against the respondent was not as broadly based as originally anticipated. This was relevant information for the jury to consider. The Crown, not the defence, told the jury about the existence of Bourgade and that he would be part of the Crown's case. The defence was entitled to suggest to the jury that the failure to call Bourgade left an unspecified hole in the Crown's proof.

Compte tenu de l'importance de la «corroboration» prévue de Bourgade et du fait que le ministère public a insisté sur celle-ci dans son exposé préliminaire, il était loisible à la défense de commenter l'absence du témoin annoncé et tout autre aspect de la preuve du ministère public pouvant susciter un doute raisonnable. Il faut rappeler que la défense voulait simplement faire remarquer au jury «qu'on aurait peut-être été davantage éclairés si le ministère public avait fait témoigner monsieur Bourgade qui, selon monsieur Riendeau, était présent lorsque St-Pierre est retourné sur les lieux». Le droit de la défense de faire un tel commentaire ne dépendait pas de la démonstration que le ministère public avait agi selon un «motif inavoué» en omettant de faire entendre le témoin prévu. Dans son exposé préliminaire, le ministère public considérait apparemment nécessaire de faire entendre Bourgade pour établir sa preuve mais ensuite ne l'a pas cité comme témoin, reconnaissant peut-être par son changement de stratégie que la preuve présentée contre l'intimé ne reposait pas sur un fondement aussi large que ce qu'il avait initialement prévu. Il s'agissait là de renseignements pertinents à porter à l'attention du jury. C'est le ministère public, et non pas la défense, qui a informé le jury de l'existence de Bourgade et du fait qu'il le citerait comme témoin. La défense avait le droit de faire valoir au jury que l'omission de faire entendre Bourgade avait laissé un vide dans la preuve du ministère public.

The defence, for the reasons mentioned, was not entitled to suggest that an adverse inference should be drawn that the testimony of Bourgade would have been favourable to the respondent, but defence counsel specifically disavowed any intention of going that far.

The right of the defence to address the jury on what the Crown chooses to put before the jury is fundamental to a fair trial and should only be limited for good and sufficient reason. There was no such reason here.

5. *Did the Trial Judge Err by Failing to Deal in His Jury Instructions With the Crown's Failure to Call Bourgade?*

In *Cook*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. mentioned that one option "in an appropriate case" would be for the trial judge to comment in his or her instruction to the jury on the missing witness (para. 39). An instruction by the trial judge is more significant than a defence comment because it lends the judge's authority to what would otherwise be merely a piece of defence advocacy. As pointed out by Robert J.A. in this appeal, the reference in *Cook* to an "appropriate case" invokes the prior jurisprudence which warns of the dangers of commentary by the trial judge on what is, in effect, counsel's conduct of the case. In *R. v. Zehr* (1980), 54 C.C.C. (2d) 65 (Ont. C.A.), Brooke J.A. emphasized this point, at p. 68:

While permissible in some cases, comment on the failure to call a witness should only be used with great caution. This kind of comment from a trial Judge can seriously affect what might otherwise be the jury's assessment of the credibility of those who do testify and perhaps, more importantly the integrity of the case. Such comment and instruction whether referable to the prosecution or the defence is really a comment on the conduct of the case and the instruction gives it some evidentiary significance.

Pour les motifs susmentionnés, la défense n'avait pas le droit de recommander de tirer l'inférence défavorable que le témoignage de Bourgade aurait été favorable à l'intimé, mais l'avocat de la défense a expressément nié toute intention d'aller aussi loin.

Le droit de la défense de parler au jury de ce que le ministère public choisit de lui soumettre est fondamental pour le caractère équitable du procès et ne doit être limité que pour des motifs valables et suffisants. Il n'y avait aucun motif de la sorte en l'espèce.

5. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne donnant aucune directive au jury au sujet de l'omission du ministère public de faire entendre Bourgade?*

Dans l'arrêt *Cook*, précité, le juge L'Heureux-Dubé dit, «dans les cas qui s'y prêtent», consisterait pour le juge du procès à commenter dans son exposé au jury l'absence du témoin annoncé (par. 39). Une directive du juge du procès est plus importante qu'un commentaire de la défense parce qu'elle confère l'autorité du juge à ce qui ne serait autrement qu'un argument de la défense. Comme l'a souligné le juge Robert en l'espèce, la mention dans l'arrêt *Cook* des «cas qui s'y prêtent» s'appuie sur les arrêts antérieurs mettant en garde contre les dangers que comportent les commentaires du juge du procès sur ce qui est, en fait, la conduite de l'affaire par les avocats. Dans l'arrêt *R. c. Zehr* (1980), 54 C.C.C. (2d) 65 (C.A. Ont.), le juge Brooke a souligné ce point (à la p. 68):

[TRADUCTION] Bien qu'ils puissent être permis dans certains cas, les commentaires sur l'omission de faire entendre un témoin ne doivent être utilisés qu'avec beaucoup de prudence. Ce genre de commentaires de la part du juge du procès peut influencer grandement ce qui autrement pourrait être l'évaluation, par le jury, de la crédibilité des témoins et peut-être, ce qui est plus important, de l'intégrité de la preuve. Qu'ils se rapportent à la poursuite ou à la défense, les commentaires de cette nature portent en réalité sur la conduite de l'affaire et la directive leur confère de l'importance au niveau de la preuve.

35

36

37

38 A similar caution was expressed by Martin J.A. in *R. v. Koffman and Hirschler* (1985), 20 C.C.C. (3d) 232 (Ont. C.A.); and by Esson J.A. in *Rooke*, *supra*, at pp. 517-18.

Une mise en garde similaire a été faite par le juge Martin dans *R. c. Koffman and Hirschler* (1985), 20 C.C.C. (3d) 232 (C.A. Ont.); et par le juge Esson dans *Rooke*, précité, aux pp. 517 et 518.

39 It is clear from these authorities that it will rarely be “appropriate” for the trial judge to comment on the failure of the Crown to call a particular witness, and even more rare to do so with respect to the defence. As Brooke J.A. went on to say in *Zehr*, *supra*, at pp. 68-69:

Il ressort de ces arrêts que les cas «se prêteront» rarement à ce que le juge du procès commente l’omission du ministère public de faire entendre un témoin donné et, encore plus rarement, à ce qu’il le fasse dans le cas de la défense. Comme le juge Brooke l’a ajouté dans l’arrêt *Zehr*, précité (aux pp. 68 et 69):

There are many reasons why counsel may choose not to call a witness, and our Courts will rarely question the decision of counsel, for the system proceeds on the basis that counsel conducts the case. Often a witness is not called, and if the reason was known it would not justify an instruction that an adverse inference might be drawn from the witness not being called. Of importance under our system, counsel is not called upon, or indeed permitted, to explain his conduct of a case [to the jury].

[TRADUCTION] Il y a de nombreuses raisons pour lesquelles un avocat peut décider de ne pas faire entendre un témoin, et nos tribunaux remettront rarement en question la décision de l’avocat puisque le système repose sur le fondement que l’avocat est maître de sa preuve. Il arrive souvent qu’un témoin ne soit pas entendu et que, si la raison en était connue, cela ne justifierait pas une directive selon laquelle une inférence défavorable pourrait être tirée de ce fait. Chose importante dans notre système, l’avocat n’est pas tenu, et n’a même pas le droit, d’expliquer sa conduite de l’affaire [au jury].

Nevertheless, cases calling for judicial comment will arise. Here, for instance, if defence counsel had not been content to pick holes in the prosecution’s case and had gone further to suggest that an adverse inference could appropriately be drawn that Bourgade’s evidence, if called, would have supported the respondent, a correcting instruction would have been warranted. An inappropriate comment by Crown counsel on a missing defence witness would similarly warrant a judicial correction: *R. v. Dupuis* (1995), 98 C.C.C. (3d) 496 (Ont. C.A.).

Des cas nécessitant des commentaires de la part du juge se présenteront néanmoins. En l’espèce, par exemple, si l’avocat de la défense ne s’était pas contenté de faire ressortir les failles que comporte la preuve de la poursuite et avait été jusqu’à prétendre qu’on aurait pu à juste titre tirer l’inférence défavorable que le témoignage de Bourgade (si ce dernier avait été entendu) aurait appuyé l’intimé, une directive corrective aurait été justifiée. De même, un commentaire inapproprié du substitut du procureur général sur l’absence d’un témoin annoncé par la défense aurait justifié une correction de la part du juge: *R. c. Dupuis* (1995), 98 C.C.C. (3d) 496 (C.A. Ont.).

40 Much, of course, must be left to the discretion of the trial judge who has a “feel” for the nuances of the trial as it proceeds, and is in the best position to ensure its fairness. Here defence counsel was effectively prevented from alluding to the missing Bourgade. Neither defence nor prosecution made

Le juge du procès doit naturellement jouir d’une grande latitude, car il est bien en mesure d’apprécier les nuances du procès lors de son déroulement et est le mieux placé pour en assurer le caractère équitable. En l’espèce, on a effectivement empêché l’avocat de la défense de faire allusion à l’absence

any comment and thus no “correction” was called for.

6. *Did the Trial Judge Err in Failing to Warn the Jury Specifically to Disregard Crown Counsel’s Opening Statement Regarding the Nature of Bourgade’s Evidence?*

The trial judge gave the jury the usual instruction that statements by counsel do not constitute evidence, but did not specifically link this instruction to Crown counsel’s opening statement that [TRANSLATION] “You will hear two people, Riendeau and Bourgade, who heard the accused announce his intention to get rid of two of the victims, Leblanc and Lemieux, and were there when he made certain preparations for that crime” (emphasis added).

Although this statement signalled the nature of Bourgade’s evidence, it did not add anything of substance to what the jury was told it could expect to hear from Riendeau, who was subsequently called. In other words, Bourgade was presented to the jury as a corroborative witness who could support in some respects, but not go beyond, Riendeau’s evidence. The trial judge dealt at length in his instruction with the dangers of relying on Riendeau’s uncorroborated testimony, including the warning contemplated in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811. In my view, the trial judge’s decision to deal with the problem raised by the Crown’s opening with a *Vetrovec* warning rather than by dealing specifically with the missing Bourgade was within the ambit of his discretion.

7. *Error of the Trial Judge*

I therefore agree that the trial judge erred in effectively (if not explicitly) preventing defence counsel from commenting on the missing witness Bourgade, but otherwise I would reject, for these reasons and the reasons given by Robert J.A., the

du témoin annoncé, Bourgade. Ni la défense ni la poursuite n’ont fait de commentaire, de sorte qu’aucune «correction» n’était requise.

6. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant d’avertir expressément le jury de ne pas tenir compte de l’exposé préliminaire du ministère public relativement à la nature du témoignage de Bourgade?*

Le juge du procès a donné au jury la directive habituelle, selon laquelle les exposés des avocats ne constituent pas des éléments de preuve, mais il ne l’a pas liée expressément à l’exposé préliminaire du substitut du procureur général, selon lequel «Vous entendrez deux personnes, soit Riendeau et Bourgade, qui ont entendu l’accusé annoncer son intention de se débarrasser de deux des victimes, soit Leblanc et Lemieux, et faire en présence de ces deux-là certaines préparations pour ce crime-là» (je souligne).

Bien que cette déclaration ait indiqué la nature du témoignage de Bourgade, elle n’a rien ajouté d’important à ce qu’on avait dit au jury relativement au témoignage prévu de Riendeau, qui a par la suite été entendu. En d’autres termes, Bourgade a été décrit au jury comme un témoin corroborant, qui pouvait appuyer le témoignage de Riendeau à certains égards, mais sans aller plus loin que celui-ci. Dans sa directive, le juge du procès a longuement parlé des dangers de se fier au témoignage non corroboré de Riendeau et a notamment fait la mise en garde visée dans l’arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811. Je suis d’avis que la décision du juge du procès de régler le problème soulevé par le ministère public dans son exposé préliminaire par une mise en garde de type *Vetrovec* plutôt que d’aborder précisément la question de l’absence du témoin annoncé, Bourgade, relevait de son pouvoir discrétionnaire.

7. *L’erreur du juge du procès*

Je conviens donc que le juge du procès a commis une erreur lorsqu’il a de fait (voire de façon explicite) empêché l’avocat de la défense de commenter l’absence du témoin annoncé, Bourgade, mais je suis néanmoins d’avis de rejeter, pour les

41

42

43

various additional objections to the fairness of the trial urged by the respondent in the main appeal and in his cross-appeal.

8. *Availability of the Curative Proviso in This Case*

44

Section 686 of the *Criminal Code* (variously called “the curative proviso” or “the proviso”) allows an appellate court to dismiss an appeal notwithstanding that “the appeal might be decided in favour of the appellant” on an error of law if the court is of the opinion that “no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”. More precisely, the relevant text of s. 686 provides as follows:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . .

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law,

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

45

In its written submissions to the Quebec Court of Appeal, the Crown defended the rulings of the trial judge on their merits and did not raise the curative proviso as an alternative submission. The possibility of its application was raised in oral argument by that court, and belatedly pursued by the Crown. The respondent contends that, in these circumstances, the Court of Appeal did not have

présents motifs et pour les motifs prononcés par le juge Robert, les divers autres arguments selon lesquels le procès était inéquitable et qui ont été soulevés par l’intimé dans le cadre du pourvoi principal et de son pourvoi incident.

8. *L’application de la disposition réparatrice dans la présente affaire*

L’article 686 du *Code criminel* (appelé indistinctement «la disposition réparatrice» ou «la disposition») permet à une cour d’appel de rejeter un appel malgré le fait que «l’appel pourrait être décidé en faveur de l’appelant» en raison d’une erreur de droit si la cour est d’avis «qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit». Plus précisément, les parties pertinentes de l’art. 686 prévoient ce qui suit:

686. (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité ou d’un verdict d’inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d’appel:

a) peut admettre l’appel, si elle est d’avis, selon le cas:

. . .

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit,

. . .

b) peut rejeter l’appel, dans l’un ou l’autre des cas suivants:

. . .

(iii) bien qu’elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l’appel pourrait être décidé en faveur de l’appelant, elle est d’avis qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit;

Dans le mémoire qu’il a soumis à la Cour d’appel du Québec, le ministère public a défendu le bien-fondé des décisions du juge du procès et n’a pas invoqué la disposition réparatrice en tant qu’argument subsidiaire. La possibilité de l’application de cette disposition a été mentionnée par la Cour d’appel lors des plaidoiries et a été invoquée tardivement par le ministère public. L’intimé

the authority to apply s. 686(1)(b)(iii). He relies primarily on two recent decisions of this Court: *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, and *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740. In the *Pétel* case, Lamer C.J. found that the trial judge had erred in the answer he provided to a question from the jury and declined to apply the curative proviso of the *Criminal Code*, stating, at p. 17:

In the Court of Appeal and in this Court, however, counsel for the Crown did not argue that, given the evidence in this case, no substantial wrong or miscarriage of justice occurred, and that s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should thus be applied. The Crown has the burden of showing that this provision is applicable: *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739. This Court cannot apply it *proprio motu*. Having found an error of law in the judge's answer to the question by the jury, I must accordingly dismiss the appeal and affirm the order for a new trial. [Emphasis added.]

In the *McMaster* appeal, Lamer C.J. relied on the above passage and ordered a new trial for both appellants. Again, the Crown had not raised s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* in argument.

This aspect of the respondent's argument must be rejected. The onus rests upon the Crown to satisfy the court that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the trial judge not committed an error of law. It is true that if the Crown does not offer the court oral or written submissions with respect to the application of this statutory provision, the court will not second-guess that exercise of the prosecutor's discretion. That being said, Lamer C.J. did not suggest in *Pétel* or *McMaster* that it would be wrong for a Court of Appeal to raise the issue of the curative proviso, and leave the ultimate decision up to the Crown. The Court would be failing its institutional responsibilities by withholding such a suggestion in circumstances where it thought the issue ought at least to be considered. Ordering a new trial raises significant issues for the administration of justice and the proper allocation of resources.

prétend que, dans ces circonstances, la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii). Il se fonde principalement sur deux arrêts récents de notre Cour: *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3, et *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740. Dans l'arrêt *Pétel*, le juge en chef Lamer a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans la réponse qu'il avait fournie au jury et a refusé d'appliquer la disposition réparatrice du *Code criminel*, disant, ce qui suit (à la p. 17):

Cependant, en Cour d'appel et devant cette Cour, le procureur de la Couronne n'a pas plaidé que, eu égard à la preuve en l'espèce, il ne s'était produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave, donnant ainsi ouverture à l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. La Couronne a le fardeau de démontrer que cette disposition est applicable: *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739. Cette Cour ne saurait l'invoquer *proprio motu*. Ayant constaté l'erreur de droit dans la réponse du juge à la question du jury, je dois donc rejeter l'appel et confirmer l'ordonnance de nouveau procès. [Je souligne.]

Dans le pourvoi *McMaster*, le juge en chef Lamer s'est fondé sur l'extrait susmentionné et a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour les deux appelants. Dans cette affaire, le ministère public n'avait pas invoqué non plus le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* dans son argumentation.

Cette facette de l'argumentation de l'intimé doit être rejetée. Il incombe au ministère public de convaincre la cour qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le juge du procès n'avait pas commis d'erreur de droit. Il est vrai que, si le ministère public décide de ne pas présenter d'argument oral ou écrit sur l'application de cette disposition, la cour ne remettra pas en question l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire du poursuivant. Cela dit, le juge en chef Lamer n'a pas sous-entendu dans *Pétel* ou *McMaster* qu'une cour d'appel aurait tort de soulever la question de la disposition réparatrice et de laisser le ministère public prendre la décision finale. La cour manquerait à ses responsabilités institutionnelles en ne soulevant pas la question dans les cas où elle estime que celle-ci devrait au moins être prise en considération. Ordonner la tenue d'un nouveau procès soulève des questions importantes relative-

Where the evidence against an accused is powerful and there is no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict, it is manifestly in the public interest to avoid the cost and delay of further proceedings. Parliament has so provided.

ment à l'administration de la justice et à l'affectation adéquate des ressources. Si la preuve contre l'accusé est forte et qu'il n'y a aucune possibilité réaliste qu'un nouveau procès aboutisse à un verdict différent, il est manifestement dans l'intérêt public d'éviter les coûts et retards qu'entraînent des procédures supplémentaires. C'est ce que le législateur a prévu.

47 The facts of this appeal differ from those in *Pétel* or *McMaster*. While Crown counsel did not raise the curative proviso in his written material to the Court of Appeal, he did so during his oral argument. As Robert J.A. notes at pp. 277-78:

[TRANSLATION] However, the [Crown] at the hearing before us raised the application of the curative proviso and advanced reasons which tend to show that the [accused] had not suffered any prejudice from the error committed.

. . .

Counsel for the [Crown] argued that if there was an error, this error had not caused the [accused] any prejudice. [Emphasis added.]

The Crown having accepted the court's invitation to invoke s. 686(1)(b)(iii) at the time of the hearing, it went on to attempt to satisfy the onus, and joined issue on that point with the defence. In these circumstances, there is no valid procedural objection to the Court of Appeal, after considering the submissions of both sides, addressing the issue whether no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred.

9. Application of Section 686(1)(b)(iii) to the Facts of This Case

48 In this Court, the Crown conceded that the trial judge's conduct amounted, for all practical purposes, to a refusal of defence counsel's request to address the jury on the issue of the Crown's failure to deliver on its stated and restated intention to call Bourgade. The question at this stage is whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different if this error had not

Les faits du présent pourvoi sont différents des affaires *Pétel* et *McMaster*. Même si le ministère public n'a pas soulevé la disposition réparatrice dans le mémoire qu'il a soumis à la Cour d'appel, il l'a fait pendant sa plaidoirie. Comme le juge Robert le souligne (aux pp. 391 et 392):

Cependant [le ministère public], au cours de l'audition, a soulevé devant nous l'application de la disposition réparatrice et présenté des motifs tendant à démontrer que l'[accusé] n'a subi aucun préjudice de l'erreur commise.

. . .

En effet, le [ministère public] a plaidé que si erreur il y avait, cette erreur n'avait causé aucun préjudice à l'[accusé]. [Je souligne.]

Ayant accepté l'invitation de la cour d'invoquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) à l'audience, le ministère public a alors tenté de s'acquitter de la charge de la preuve et a donc lié contestation avec la défense sur cette question. Dans les circonstances, rien ne permet de contester valablement la procédure suivie par la Cour d'appel lorsque, après avoir examiné les arguments des parties, elle s'est penchée sur la question de savoir si un tort important ou une erreur judiciaire grave s'était produit.

9. L'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) aux faits de la présente affaire

Devant notre Cour, le ministère public a admis que la conduite du juge du procès équivalait, en fait, au refus de faire droit à la demande de la défense d'aborder avec le jury la question de l'omission de donner suite à son intention déclarée et réitérée de faire entendre Bourgade. La question qui se pose à la présente étape est de savoir s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût

been made: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, *per* Major J., at pp. 616-17.

In my view, the curative proviso applies in this case because I do not think that the respondent suffered any significant prejudice to the fairness of his trial by reason of the judge's error. Bourgade's evidence was purely corroborative. Without Bourgade the Crown risked an acquittal because it relied on the evidence of an unsavoury witness, Riendeau, uncorroborated by any other testimony. The Crown's failure to call Bourgade created a potential advantage for the defence.

The defence had no right to compel the Crown to call Bourgade, and waived its own right to do so. There is no issue here of evidence improperly admitted or improperly withheld. There is only an unanswered question put to Riendeau in cross-examination, and the unfulfilled announcement of Bourgade's evidence in the Crown's opening. As to the former issue, the defence question put to Riendeau on cross-examination ("[what is] the reason Mr. Bourgade called you to tell you that . . .?") interrupted by the Crown ("I object. The reason Bourgade called him, it's Bourgade who will tell us that") was, as framed, plainly designed to elicit hearsay and ought not to have been answered irrespective of the Crown's misconceived reference to Bourgade. The case therefore comes down to the prejudicial impact, if any, of the judge's refusal to allow defence counsel to remind the jury of something that *didn't* happen, i.e., Bourgade's appearance. While the missing Bourgade had not been put in the box to corroborate Riendeau's testimony as originally anticipated, the trial judge did remind the jury in his *Vetrovec* warning that Riendeau was an unsavoury witness whose evidence had not been corroborated at all in material aspects. The bottom line is that the jury convicted the respondent largely on the basis of Riendeau's testimony notwithstanding the monumental defence attack on Riendeau's credibility and repeated warnings by the trial judge to approach Riendeau's evidence

été différent si cette erreur n'avait pas été commise: *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, le juge Major, aux pp. 616 et 617.

À mon avis, la disposition réparatrice s'applique en l'espèce, car je ne crois pas que l'erreur du juge ait causé un préjudice important à l'équité du procès de l'intimé. Le témoignage de Bourgade était purement corroborant. Sans Bourgade, le ministère public risquait l'acquittement parce qu'il s'appuyait sur la déposition d'un témoin douteux, Riendeau, non corroborée par un autre témoignage. Le fait que le ministère public n'ait pas fait témoigner Bourgade aurait pu donner l'avantage à la défense.

49

La défense n'avait pas le droit de forcer le ministère public à faire entendre Bourgade et elle a renoncé à son propre droit de le citer comme témoin. Il n'est pas question en l'espèce d'éléments de preuve admis ou non divulgués à tort. Il y a seulement une question sans réponse posée à Riendeau en contre-interrogatoire et l'annonce sans suite du témoignage de Bourgade dans l'exposé initial du ministère public. Quant à la première question, soit celle posée par la défense à Riendeau en contre-interrogatoire («Et la raison pour laquelle monsieur Bourgade vous appelle pour vous dire ça c'est parce que . . .»), suivie de l'interruption du ministère public («Je m'objecte. La raison pour laquelle Bourgade l'appelle, c'est Bourgade qui va nous le dire»), telle qu'elle est formulée, visait manifestement à obtenir une réponse fondée sur le oui-dire et ne devait recevoir aucune réponse malgré le fait que le ministère public ait, à tort, mentionné le témoignage de Bourgade. L'affaire se résume donc à l'effet préjudiciable, s'il existe, du refus du juge d'autoriser l'avocat de la défense à rappeler au jury quelque chose qui *ne s'est pas* produit, à savoir la comparution de Bourgade. Même si le témoin annoncé, Bourgade, n'a pas été cité pour corroborer le témoignage de Riendeau, contrairement à ce qui était initialement prévu, le juge du procès a rappelé au jury dans sa mise en garde de type *Vetrovec* que Riendeau était un témoin douteux dont la déposition n'avait pas été du tout corroborée sur des éléments importants. En fin de compte, le jury a

50

with great caution. On this point, I agree with Professor Mewett that:

It does not usurp the function of the jury to hold that the verdict must necessarily have been the same so long as consideration is given not only to the amount of the evidence against the accused, but also to any finding that the jury must have made on the basis of the evidence properly before them.

(A. W. Mewett, "No Substantial Miscarriage of Justice", in A. N. Doob and E. L. Greenspan, eds., *Perspectives in Criminal Law* (1985), 81, at p. 102.)

51 The alleged prejudice to defence tactics was defence counsel's loss of opportunity to work Riendeau and Bourgade into contradicting each other in their collective incrimination of the respondent. It would be speculative in the extreme to suggest that the damage to the defence by Bourgade's corroboration of significant parts of Riendeau's testimony could (or would) have been outweighed by such contradictions (if any) on secondary matters.

52 The contrary view accepted by the majority of the Court of Appeal was that "the [accused's] right to a fair trial was compromised" because of "the combined effect" of a number of factors, only one of which was the judge's "impairment of defence counsel's right, in the circumstances, to comment on Bourgade's absence" (p. 219). The other factors that concerned the Court of Appeal related to the conduct of Crown counsel in promising, then failing to call, Bourgade's evidence, with an explanation which the trial judge (albeit not the Court of Appeal) was prepared to accept. With respect, I do not see these factors as cumulative. Without the Crown's comments in relation to Bourgade, the defence would not have had the basis to make its proposed comment in the first place. The original complaints merged, in a manner of speaking, in

déclaré l'intimé coupable en se fondant en grande partie sur le témoignage de Riendeau malgré les nombreuses tentatives de la défense de miner la crédibilité de ce dernier et malgré les nombreuses mises en garde du juge du procès selon lesquelles il fallait aborder le témoignage de Riendeau avec beaucoup de prudence. À cet égard, je partage l'avis du professeur Mewett:

[TRADUCTION] Ce n'est pas usurper la fonction du jury que de conclure que le verdict aurait nécessairement été le même, dans la mesure où on a tenu compte non seulement du poids de la preuve contre l'accusé, mais également de toute inférence que le jury doit avoir tirée de la preuve qui lui a régulièrement été soumise.

(A. W. Mewett, «No Substantial Miscarriage of Justice», dans A. N. Doob et E. L. Greenspan, dir., *Perspectives in Criminal Law* (1985), 81, à la p. 102.)

Le préjudice qui aurait été causé aux tactiques de la défense consiste dans l'impossibilité pour l'avocat de la défense d'amener Riendeau et Bourgade à se contredire dans leur incrimination collective de l'intimé. Il serait beaucoup trop hypothétique de dire que ces contradictions (le cas échéant), sur des questions secondaires, auraient pu l'emporter (ou l'auraient emporté) sur le dommage causé à la défense par la corroboration par Bourgade de parties importantes du témoignage de Riendeau.

Selon l'opinion contraire acceptée par les juges majoritaires de la Cour d'appel, [TRADUCTION] «il a été porté atteinte au droit de [l'accusé] à un procès équitable» en raison des «effets conjugués» de nombreux facteurs, dont l'un seulement était, de la part du juge, «l'atteinte au droit de l'avocat de la défense, dans les circonstances, de commenter l'absence de Bourgade» (p. 333). Les autres facteurs qui préoccupaient la Cour d'appel étaient liés à la conduite du substitut du procureur général, qui avait promis de faire entendre le témoignage de Bourgade, pour ensuite ne pas tenir sa promesse, et qui a fourni à cet égard une explication que le juge du procès (quoique pas la Cour d'appel) était prêt à accepter. Avec égards, je ne considère pas ces facteurs comme cumulatifs. Au départ, si le ministère public n'avait pas mentionné Bourgade, la défense

the remedy. The only question at this stage is whether and to what extent the effective denial of that remedy impacted on the outcome of the trial.

In my view, there is no reasonable possibility that the verdict would have been any different if the trial judge's error had not been made. While there were some inconsistencies in the testimony of the Crown's main witness, Riendeau, explanations were offered for these inconsistencies and it was open to the jury to accept or reject them. In the three days it took to cross-examine Riendeau, the defence had ample opportunity to effectively challenge his credibility in the eyes of the jury, and did a thorough job with what they had to work with. The trial judge thoroughly instructed the jury on the theories of both the defence and the Crown, as well as the dangers of relying solely on Riendeau's testimony. The fact defence counsel was not permitted to comment on the missing witness does not mean the jury had forgotten that what had been promised by the Crown had not been delivered.

The application of s. 686(1)(b)(iii) requires the court to consider the seriousness of the error in question, the effect it likely had upon the jury's inference-drawing process and the probable guilt of the accused on the basis of the legally admissible evidence untainted by the error (Mewett, *supra*, at p. 98). While the trial judge erred, the error did not vitiate the fairness of the trial in any significant way. Nor is there any *reasonable* possibility that the proposed defence comment would have changed the outcome of the trial. The fact is that the jury was willing to convict the respondent on the basis of Riendeau's uncorroborated evidence. Despite the defence attack and the judge's warning, the jury clearly must have accepted Riendeau's version of events. Even if the trial judge had allowed defence counsel to criticize the Crown's failure to call a further Crown witness, there is no reasonable possibility, in my view, that

n'aurait eu aucun motif pour faire le commentaire qu'elle voulait faire. Les plaintes initiales se fondent, pour ainsi dire, dans la réparation. La seule question à ce stade-ci est de savoir si le refus de fait d'accorder cette réparation a eu un effet sur l'issue du procès et dans quelle mesure.

À mon avis, il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le juge du procès n'avait pas commis l'erreur. Même s'il y avait des contradictions dans la déposition du témoin principal du ministère public, Riendeau, des explications ont été fournies à leur égard et il était loisible au jury de les accepter ou de les rejeter. Au cours des trois jours qu'il a fallu pour contre-interroger Riendeau, la défense a eu l'entière possibilité de mettre vraiment en doute sa crédibilité aux yeux du jury et elle a exploité à fond les éléments dont elle disposait. Le juge du procès a donné des directives complètes au jury relativement aux thèses de la défense et du ministère public de même que sur les dangers de se fier uniquement au témoignage de Riendeau. Le fait que l'avocat de la défense n'ait pas été autorisé à commenter l'absence du témoin annoncé ne signifie pas que le jury ait oublié que le ministère public n'a pas tenu parole.

53

Selon le sous-al. 686(1)(b)(iii), la cour doit examiner la gravité de l'erreur en question, l'effet qu'elle a vraisemblablement eu sur le processus d'inférence du jury et la probabilité de culpabilité de l'accusé d'après la preuve légalement admissible non viciée par l'erreur (Mewett, *loc. cit.*, à la p. 98). Même si le juge du procès a commis une erreur, celle-ci n'a pas porté atteinte au caractère équitable du procès de façon importante. Il n'y a pas non plus de possibilité *raisonnable* que le commentaire que voulait faire la défense aurait changé l'issue du procès. Le fait est que le jury était prêt à déclarer l'intimé coupable en s'appuyant sur le témoignage non corroboré de Riendeau. Malgré les doutes qu'a tenté de soulever la défense et la mise en garde du juge, il est évident que le jury a cru la version de Riendeau. J'estime que, même si le juge du procès avait autorisé l'avocat de la défense à critiquer l'omission du ministère public de faire

54

the jury's verdict would have been different. I would therefore allow the appeal.

The Cross-Appeal

55 The respondent cross-appeals on two separate grounds, both of which were dismissed by Robert J.A. for a unanimous Court of Appeal. Firstly, the respondent argues that, during their deliberations, the members of the jury had inappropriate contacts with several police officers which called for a stay of proceedings. Secondly, the respondent submits that the late disclosure by the Crown of Nicole Lalonde's statement to police deprived the respondent of his right to make full answer and defence. The respondent asks this Court to order a new trial on these grounds as well. For the reasons expressed by Robert J.A. in the court below, I would dismiss the cross-appeal.

Disposition

56 The Crown's appeal is allowed. The Quebec Court of Appeal's order for a new trial is set aside and the guilty verdict against the respondent restored. The respondent's cross-appeal is dismissed for the reasons of Robert J.A.

Appeal allowed and convictions restored. Cross-appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Henri-Pierre Labrie, Longueuil, Quebec.

Solicitor for the respondent: Alain Brassard, Salaberry-de-Valleyfield, Quebec.

entendre un autre témoin, il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict du jury eût été différent. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

Le pourvoi incident

L'intimé interjette un pourvoi incident pour deux motifs distincts, lesquels ont été rejetés par le juge Robert, avec l'unanimité de la Cour d'appel. Premièrement, l'intimé prétend que, lors de leurs délibérations, les membres du jury ont eu des communications inappropriées avec plusieurs policiers, ce qui exigeait l'arrêt des procédures. Deuxièmement, l'intimé soutient que la divulgation tardive par le ministère public de la déclaration de Nicole Lalonde à la police l'a privé du droit de présenter une défense pleine et entière. L'intimé demande à notre Cour d'ordonner la tenue d'un nouveau procès également pour ces motifs. Pour les motifs exprimés par le juge Robert, en cour d'appel, je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident.

Dispositif

Le pourvoi du ministère public est accueilli. L'ordonnance de la tenue d'un nouveau procès de la Cour d'appel du Québec est annulée et le verdict de culpabilité contre l'intimé est rétabli. Le pourvoi incident de l'intimé est rejeté pour les motifs rédigés par le juge Robert.

Pourvoi accueilli et déclarations de culpabilité rétablies. Pourvoi incident rejeté.

Procureur de l'appelante: Henri-Pierre Labrie, Longueuil (Québec).

Procureur de l'intimé: Alain Brassard, Salaberry-de-Valleyfield (Québec).