

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Renaud Lévesque** *Respondent*

INDEXED AS: **R. v. LÉVESQUE**

Neutral citation: **2000 SCC 47.**

File No.: 26939.

2000: March 23; 2000: October 12.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Appeals against sentence — Criteria applicable to admission of fresh evidence on appeal from sentence — Whether criteria are the same regardless of whether appeal relates to verdict or to sentence — Whether Court of Appeal erred in admitting fresh evidence.*

The accused pleaded guilty to 15 counts arising from a robbery at a residence. He was sentenced to several terms of imprisonment to be served concurrently, the longest of which was a term of ten years and six months for kidnapping. In appealing his sentence, the accused is seeking to have two new reports admitted in evidence to which the Crown objects. The first was prepared by a psychologist for Correctional Service Canada, and the second was written by a psychiatrist at the accused's request. The Court of Appeal unanimously held that the trial judge committed an error in sentencing by comparing this case with cases involving hostage-taking — a finding that is not in issue in this appeal. The majority of the Court of Appeal also allowed the motions to adduce fresh evidence and, in view of the error by the trial judge, substituted a sentence of five years and six months for the sentence of ten years and six months imposed by the trial judge.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Renaud Lévesque** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: **R. c. LÉVESQUE**

Référence neutre: **2000 CSC 47.**

N° du greffe: 26939.

2000: 23 mars; 2000: 12 octobre.

Présents: Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Preuve — Éléments de preuve nouveaux — Appels de la sentence — Critères applicables à l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel d'une sentence — Ces critères sont-ils les mêmes que l'appel porte sur un verdict ou sur une sentence? — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en admettant les éléments de preuve nouveaux?*

L'accusé plaide coupable à 15 chefs d'accusation reliés à un vol qualifié dans une résidence. Il est condamné à plusieurs peines d'emprisonnement concurrentes, dont la plus sévère est une peine de dix ans et six mois pour enlèvement. En appel de sa sentence, l'accusé cherche à faire admettre en preuve deux nouveaux rapports auxquels le ministère public s'oppose. Le premier a été préparé par un psychologue pour le compte du Service correctionnel du Canada et le second a été rédigé par un psychiatre à la demande de l'accusé. La Cour d'appel, à l'unanimité, conclut que le juge de première instance a commis une erreur lors de la détermination de la peine en comparant la présente affaire à des affaires de prise d'otage — une conclusion qui n'est pas en cause dans le présent pourvoi. La cour, à la majorité, accueille également les requêtes pour la production d'une nouvelle preuve et, étant donné l'erreur du juge de première instance, substitue une peine de cinq ans et six mois à la peine de dix ans et six mois imposée par ce dernier.

*Held* (Arbour J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.: Although the rules concerning sources and types of evidence are more flexible in respect of sentence, the criteria for admitting fresh evidence on appeal are the same regardless of whether the appeal relates to a verdict or a sentence. If a court of appeal thinks fit to admit fresh evidence, it will do so because it is in the interests of justice to admit it. The criteria set out in *Palmer* call for a relaxed and flexible application and to relax them any further would be contrary to the interests of justice. These criteria, including the due diligence criterion, are therefore applicable to applications to tender fresh evidence in an appeal from a sentence. Moreover, while the admission of fresh evidence in an appeal from a sentence cannot lead to a new trial, unlike admission of fresh evidence in an appeal from a verdict, this difference does not justify the application of different tests. The integrity of the criminal process and the role of appeal courts could be jeopardized by the routine admission of fresh evidence on appeal. A two-tier sentencing system incompatible with the high standard of review applicable to appeals from sentences and the underlying profound functional justifications would thus be created.

In the context of the admission of fresh evidence on appeal, the concepts of admissibility and probative value overlap. To be admissible, fresh evidence must be relevant and credible and, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. The probative value of fresh evidence must thus be considered in order to determine whether it is admissible on appeal. To facilitate determination of the probative value of fresh evidence, the party challenging it should test it by making a formal motion to the court of appeal and explaining how it wishes to proceed. The court of appeal may in this regard exercise all the powers set out in s. 683 of the *Criminal Code*. Failure by a party to test fresh evidence does not relieve a court of appeal from applying the criteria established in *Palmer*.

The strict rules of a trial do not apply to a sentencing hearing, since to determine the appropriate sentence the

*Arrêt* (le juge Arbour est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Bastarache et Binnie: Bien que les règles relatives aux sources et genres de preuve soient assouplies en matière de sentence, les critères d'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel sont les mêmes que l'appel porte sur un verdict ou une sentence. Si une cour d'appel croit utile de recevoir une preuve nouvelle, c'est qu'elle estime qu'il est dans l'intérêt de la justice de la recevoir. Les critères établis dans l'arrêt *Palmer* commandent une application souple et flexible et les assouplir davantage serait contraire à l'intérêt de la justice. Ces critères, y compris le critère de la diligence raisonnable, sont donc applicables aux requêtes en production d'une preuve nouvelle en appel d'une sentence. En outre, bien que l'admission d'une preuve nouvelle en appel d'une sentence n'engendre pas la tenue d'un nouveau procès, contrairement à l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel d'un verdict, cette différence ne justifie pas l'application de critères différents. L'intégrité du processus en matière pénale et le rôle des cours d'appel pourraient être menacés par l'admission d'éléments de preuve nouveaux de façon routinière en appel. Un système de détermination de la peine à deux niveaux incompatible avec la norme de contrôle élevée applicable aux appels de sentence et les profondes justifications fonctionnelles qui la sous-tendent serait ainsi créé.

Dans le contexte de l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel, les concepts d'admissibilité et de valeur probante se chevauchent. Pour être admissible, une preuve nouvelle doit être pertinente, plausible et susceptible d'avoir influé sur le résultat si elle avait été produite en première instance avec les autres éléments de preuve. Ainsi la valeur probante d'un élément de preuve nouveau doit être considérée afin de déterminer son admissibilité en appel. Afin de faciliter la détermination de la valeur probante de la nouvelle preuve, la partie qui la conteste devrait la mettre à l'épreuve en présentant une requête formelle à la cour d'appel et en précisant de quelle façon elle souhaite procéder. La cour d'appel peut, à cette fin, exercer tous les pouvoirs énumérés à l'art. 683 du *Code criminel*. Le défaut d'une partie de mettre un élément de preuve nouveau à l'épreuve ne dispense pas une cour d'appel de l'application des critères établis dans l'arrêt *Palmer*.

Les règles strictes du procès ne s'appliquent pas à l'audience relative à la sentence puisque pour détermi-

judge must have as much information as possible about the accused. The *Palmer* criteria do not compromise the more flexible nature of the rules, since the criteria concerning the admission of fresh evidence on appeal do not relate to the sources and types of evidence. The purpose of the due diligence criterion is to protect the interests and the administration of justice and to preserve the role of appeal courts. Before admitting new opinion evidence on appeal, it may be necessary to determine the basis of that opinion and to establish whether the facts on which the opinion is based have been proven and are credible. Whether or not consent is given, the production of fresh evidence on appeal is possible only with the leave of the court of appeal. The court of appeal may properly take into account the fact that the Crown has consented or that admission is uncontested particularly when assessing the relevance, credibility and probative value of fresh evidence.

In this case, the majority of the Court of Appeal found that the two reports were admissible because they provided greater detail or shed additional light on the evidence adduced at trial. These grounds are inadequate to justify the admission of the reports, since they could justify the admission of a very broad range of additional evidence on appeal, which would be contrary to the *Palmer* criteria and the limited role of appellate courts in respect of sentencing. The reports should not have been admitted in evidence, since their probative value was not such that they might have affected the result if they had been adduced at trial with the other evidence. The probative value of an expert opinion depends on the amount and quality of admissible evidence on which it relies. Both the psychologist and the psychiatrist, whose report also does not meet the due diligence criterion, based their opinions on a version of the facts that was not established or adopted at trial.

For the reasons stated by the dissenting judge in the Court of Appeal, it is, however, appropriate to substitute a sentence of imprisonment of eight years and six months for the sentence imposed by the trial judge in view of the error he committed in sentencing.

*Per* Arbour J. (dissenting): The Court of Appeal was entitled to admit the reports. The trial judge fundamentally mischaracterized the principal crime of which the accused had been convicted in determining the just and

ner la sentence appropriée, le juge doit disposer des renseignements les plus complets possibles sur l'accusé. Les critères de l'arrêt *Palmer* ne compromettent pas cet assouplissement des règles car les critères relatifs à l'admission d'une preuve nouvelle en appel n'ont pas trait aux sources et genres de preuve. Le critère de diligence raisonnable vise à protéger l'intérêt et l'administration de la justice et à sauvegarder le rôle des cours d'appel. Avant de recevoir une nouvelle preuve d'opinion en appel, il peut être nécessaire de déterminer le fondement de cette opinion et de vérifier si les faits à la base de l'opinion ont été prouvés et sont crédibles. Consentement ou pas, la production d'éléments de preuve nouveaux en appel n'est possible qu'avec la permission de la cour d'appel. Le consentement du ministère public ou l'absence de contestation peut légitimement être pris en considération par la cour d'appel, notamment lors de son évaluation de la pertinence, de la plausibilité et de la valeur probante de la nouvelle preuve.

En l'espèce, la majorité de la Cour d'appel a jugé que les deux rapports étaient admissibles parce qu'ils ajoutaient certains détails ou clarifiaient la preuve produite en première instance. Ces raisons ne sont pas suffisantes pour justifier l'admission des rapports, car elles pourraient justifier l'admission d'un éventail très large d'éléments de preuve supplémentaires en appel, ce qui serait contraire aux critères de l'arrêt *Palmer* et au rôle limité des cours d'appel en matière de détermination de la peine. Les rapports n'auraient pas dû être reçus en preuve car leur valeur probante n'était pas telle qu'ils auraient pu influencer sur le résultat s'ils avaient été présentés en première instance avec les autres éléments de preuve. La valeur probante à accorder à l'opinion d'un expert dépend de la quantité et de la qualité des éléments de preuve admissibles sur lesquels elle est fondée. Tant le psychologue que le psychiatre, dont le rapport ne respectait pas en outre le critère de diligence raisonnable, ont fondé leur opinion sur une version des faits qui n'a pas été établie ou retenue en première instance.

Pour les motifs exposés par le juge dissident en Cour d'appel, il y a lieu toutefois de substituer une peine de huit ans et six mois d'incarcération à la peine imposée par le juge de première instance étant donné son erreur lors de la détermination de la peine.

*Le* juge Arbour (dissidente): La Cour d'appel pouvait admettre en preuve les rapports. Lorsqu'il a déterminé la peine juste et appropriée, le juge du procès a fondamentalement mal qualifié le crime principal dont

appropriate sentence, with the result that the Court of Appeal was, for all intents and purposes, required to sentence afresh. In these specific circumstances, it was for the Court of Appeal to equip itself, pursuant to its broad statutory discretion under s. 683(1) of the *Criminal Code*, with whatever evidence it deemed fit and necessary to decide the question of sentence. In view of the fundamental error committed by the trial judge, the principles governing the admission of fresh evidence in appeals against sentence articulated by the majority are not germane to the disposition of this appeal. Further, the majority's stringent application of *Lavallee* was disagreed with. The nature of the sentencing process, and of the statutory rules that govern it, contemplate that the sentencing court should have the benefit of the fullest possible information concerning the background of the offender, from the widest array of sources. It is therefore inappropriate to tie the probative value of evidence tendered under these rules to the probative value of evidence proffered at trial, and thus, more specifically, to assess the weight of an expert opinion on the basis of the quantity and quality of non-hearsay evidence introduced to support that opinion. A sentencing court must be entitled to receive and rely on any credible and trustworthy evidence which assists it in obtaining as complete an understanding of the offender as possible. The extent to which evidence presented on sentencing conflicts with the facts upon which the conviction was founded is a matter for the sentencing court to take into consideration, but is not, as such, a matter for exclusion of the evidence in question. Here it was open to the Court of Appeal to find both reports sufficiently credible and trustworthy to assist in the development of a fuller picture of the accused, based as they were on the experts' face-to-face psychological assessment and evaluation of the former.

### Cases Cited

By Gonthier J.

**Followed:** *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; **referred to:** *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. Hogan*

l'accusé avait été reconnu coupable, de sorte que la Cour d'appel a à toutes fins utiles dû déterminer à nouveau la peine. Dans ces circonstances particulières, il revenait à la Cour d'appel de se doter, en application du large pouvoir discrétionnaire que lui confère à cet égard le par. 683(1) du *Code criminel*, de tout élément de preuve qu'elle croyait utile et nécessaire pour statuer sur la question de la peine. Compte tenu de l'erreur fondamentale commise par le juge du procès, les principes régissant l'admission d'éléments de preuve nouveaux dans les appels relatifs à la peine, qu'ont énoncés les juges majoritaires, ne sont pas pertinents en ce qui concerne l'issue du présent pourvoi. En outre, il y a désaccord avec les juges majoritaires quant à l'application stricte de l'arrêt *Lavallee*. La nature du processus de détermination de la peine ainsi que les règles légales qui régissent ce processus visent à assurer que le tribunal qui prononce la peine dispose des renseignements les plus complets possible sur les antécédents de l'accusé et que ces renseignements proviennent du plus large éventail de sources possible. Il n'est par conséquent pas approprié de lier la valeur probante des éléments de preuve produits en vertu de ces règles à la valeur probante des éléments de preuve produits au procès, et ainsi, plus précisément, de déterminer le poids à accorder à l'opinion d'un expert en se fondant sur la quantité et la qualité des éléments de preuve ne constituant pas du oui-dire qui ont été déposés au soutien de cette opinion. Le tribunal qui détermine une peine doit être autorisé à recevoir tout élément de preuve crédible et fiable qui l'aide à comprendre aussi complètement que possible la situation du délinquant, et à se fonder sur un tel élément. La mesure dans laquelle un élément de preuve présenté dans le cadre de la détermination de la peine est incompatible avec les faits sur lesquels repose la déclaration de culpabilité est un facteur qui doit être pris en considération par le tribunal chargé de déterminer la peine, mais qui ne justifie pas en soi l'exclusion de l'élément de preuve en question. En l'espèce, il était loisible à la Cour d'appel de considérer que les deux rapports étaient suffisamment crédibles et fiables pour l'aider à se faire une image plus complète de l'accusé, puisque ces rapports étaient fondés sur l'évaluation psychologique faite par les experts à la suite de leur rencontre avec l'accusé.

### Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

**Arrêt suivi:** *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; **arrêts mentionnés:** *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c.*

(1979), 50 C.C.C. (2d) 439; *R. v. Edwards* (1996), 105 C.C.C. (3d) 21; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Lockwood* (1971), 5 C.C.C. (2d) 438; *R. v. Irwin* (1979), 48 C.C.C. (2d) 423; *R. v. Langille* (1987), 77 N.S.R. (2d) 224; *R. v. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301; *R. v. Lemay* (1998), 127 C.C.C. (3d) 528; *R. v. Gauthier*, [1996] Q.J. No. 952 (QL); *R. v. McDow* (1996), 147 N.S.R. (2d) 343; *R. v. Riley* (1996), 107 C.C.C. (3d) 278; *R. v. Mesgun* (1997), 121 C.C.C. (3d) 439; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Berry* (1997), 196 A.R. 398; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501.

By Arbour J. (dissenting)

*R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 683, 687, 721 [rep. & sub. 1995, c. 22, s. 6; am. 1999, c. 25, s. 16], 722(2) [rep. & sub. 1995, c. 22, s. 6], 723(5) [*idem*], 724(1) [*idem*].

#### Authors Cited

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.  
 Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 1999.  
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1998), 130 C.C.C. (3d) 107, [1998] Q.J. No. 2680 (QL), J.E. 98-2019, allowing the accused's appeal against his sentence. Appeal allowed, Arbour J. dissenting.

*Henri-Pierre Labrie* and *Dannie Leblanc*, for the appellant.

*Pauline Bouchard*, for the respondent.

*Hogan* (1979), 50 C.C.C. (2d) 439; *R. c. Edwards* (1996), 105 C.C.C. (3d) 21; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Lockwood* (1971), 5 C.C.C. (2d) 438; *R. c. Irwin* (1979), 48 C.C.C. (2d) 423; *R. c. Langille* (1987), 77 N.S.R. (2d) 224; *R. c. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301; *R. c. Lemay*, [1998] A.Q. n° 1947 (QL); *R. c. Gauthier*, [1996] A.Q. n° 952 (QL); *R. c. McDow* (1996), 147 N.S.R. (2d) 343; *R. c. Riley* (1996), 107 C.C.C. (3d) 278; *R. c. Mesgun* (1997), 121 C.C.C. (3d) 439; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Berry* (1997), 196 A.R. 398; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501.

Citée par le juge Arbour (dissidente)

*R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 683, 687, 721 [abr. & rempl. 1995, ch. 22, art. 6; mod. 1999, ch. 25, art. 16], 722(2) [abr. & rempl. 1995, ch. 22, art. 6], 723(5) [*idem*], 724(1) [*idem*].

#### Doctrine citée

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1999.  
 Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 5th ed. Toronto: Butterworths, 1999.  
 Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1998), 130 C.C.C. (3d) 107, [1998] A.Q. n° 2680 (QL), J.E. 98-2019, qui a accueilli l'appel formé par l'accusé contre sa sentence. Pourvoi accueilli, le juge Arbour est dissidente.

*Henri-Pierre Labrie* et *Dannie Leblanc*, pour l'appelante.

*Pauline Bouchard*, pour l'intimé.

English version of the judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ. delivered by

GONTHIER J. —

### I. Issue

<sup>1</sup> This appeal concerns the rule that applies to the admission of fresh evidence on appeal from a sentence. In *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, this Court set out the principles governing the admission of fresh evidence on appeal from a verdict. In the case at bar, it must be determined whether the criteria that apply are the same for both types of appeal, and whether the majority of the Court of Appeal erred by admitting in evidence the two expert reports tendered by the respondent, despite the objections of the appellant.

### II. Facts

<sup>2</sup> On June 22, 1996, the respondent and his two accomplices went to the home of the Fortier family intending to make off with large amounts of money that he believed were kept in a safe. While these three individuals were in the shed located behind the house, they were surprised by David Fortier, aged thirteen. After grabbing him and tying him up, the respondent questioned him about the location of the safe and the people who were in the house. He put a shotgun cartridge in his mouth, which he then taped shut, and threatened him several times, both verbally and with his gun. The respondent then left the shed, taking David, with his gun pointed at the boy's head, and escorted him towards the house. The two accomplices followed. Once the respondent was inside the house, he attacked Bertrand Fortier, David's father, as he sat watching television with his wife. A fight broke out and a shot was fired in the fray. While this was going on, the two accomplices fled and one of the Fortier boys called the police. Mr. Fortier ultimately wrestled the respondent to the ground and the police arrived shortly afterward.

Le jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Bastarache et Binnie a été rendu par

LE JUGE GONTHIER —

### I. La question en litige

Le présent pourvoi soulève la question de la règle applicable à l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel d'une sentence. Dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, notre Cour a énoncé les principes gouvernant l'admission d'une nouvelle preuve en appel d'un verdict. Il s'agit de déterminer en l'espèce si les critères applicables sont les mêmes pour les deux types d'appel et si la majorité de la Cour d'appel a erré en admettant en preuve les deux rapports d'expert présentés par l'intimé, en dépit des objections de l'appelante.

### II. Les faits

Le 22 juin 1996, en compagnie de deux complices, l'intimé se rend à la résidence de la famille Fortier dans le but de s'emparer de fortes sommes d'argent qu'il croit gardées dans un coffre-fort. Alors qu'ils se trouvent dans la remise située derrière la maison, les trois individus sont surpris par David Fortier, un adolescent de treize ans. Après l'avoir agrippé et ligoté, l'intimé le questionne au sujet de l'emplacement du coffre-fort et des personnes qui sont dans la maison. Il lui met une cartouche de fusil dans la bouche, qu'il recouvre de ruban adhésif, et le menace à plusieurs reprises, tant verbalement qu'avec son arme. Par la suite, l'intimé sort de la remise avec David, son arme pointée sur la tête du jeune garçon, et se dirige avec lui vers la maison. Les deux complices les suivent. Une fois dans la maison, l'intimé se jette sur Bertrand Fortier, le père de David, alors que celui-ci regarde la télévision avec son épouse. Une bagarre éclate et un coup de feu est tiré pendant l'échauffourée. Pendant ce temps, les deux complices s'enfuient et un des fils Fortier appelle la police. Monsieur Fortier réussit finalement à maîtriser l'intimé au sol et les policiers arrivent sur les lieux peu de temps après.

On December 18, 1996, the respondent pleaded guilty to fifteen counts arising from the events of June 22, 1996. In appealing his sentence, the respondent is seeking to have three new reports admitted in evidence. The first, dated April 3, 1997, is entitled [TRANSLATION] “Psychological/psychiatric assessment report”. This report was prepared by Marc Daigle, a psychologist, for Correctional Service Canada. The second report was written by Louis Morissette, a psychiatrist, at the respondent’s request. It is dated March 17, 1998. The appellant objects to the admission of these two reports in evidence, but consents to the admission of the third report, which is by Jacques Bigras, a psychologist. That report is dated March 31, 1998, and was prepared for Correctional Service Canada at the end of a course taken by the respondent during his incarceration.

### III. Relevant Legislation

The relevant provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, are as follows:

**683.** (1) For the purposes of an appeal under this Part, the court of appeal may, where it considers it in the interests of justice,

(a) order the production of any writing, exhibit or other thing connected with the proceedings;

(b) order any witness who would have been a compellable witness at the trial, whether or not he was called at the trial,

(i) to attend and be examined before the court of appeal, or,

(ii) to be examined in the manner provided by rules of court before a judge of the court of appeal, or before any officer of the court of appeal or justice of the peace or other person appointed by the court of appeal for the purpose;

(c) admit, as evidence, an examination that is taken under subparagraph (b)(ii);

(d) receive the evidence, if tendered, of any witness, including the appellant, who is a competent but not compellable witness;

**687.** (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

Le 18 décembre 1996, l’intimé plaide coupable à quinze chefs d’accusation reliés aux événements survenus le 22 juin 1996. En appel de sa sentence, l’intimé cherche à faire admettre en preuve trois nouveaux rapports. Le premier, daté du 3 avril 1997, est intitulé «Compte rendu d’évaluation psychologique/psychiatrique». Il a été préparé par le psychologue Marc Daigle pour le compte des services correctionnels canadiens. Le second rapport a été rédigé par le psychiatre Louis Morissette à la demande de l’intimé. Il est daté du 17 mars 1998. L’appelante s’oppose à ce que ces deux rapports soient admis en preuve, mais elle consent à l’admission du troisième rapport, soit celui du psychologue Jacques Bigras. Ce dernier est daté du 31 mars 1998 et a été préparé pour le compte des services correctionnels canadiens au terme d’un cours entrepris par l’intimé dans le cadre de sa détention.

### III. Les dispositions législatives pertinentes

Les dispositions pertinentes du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, se lisent ainsi:

**683.** (1) Aux fins d’un appel prévu par la présente partie, la cour d’appel peut, lorsqu’elle l’estime dans l’intérêt de la justice:

a) ordonner la production de tout écrit, pièce ou autre chose se rattachant aux procédures;

b) ordonner qu’un témoin qui aurait été un témoin contraignable lors du procès, qu’il ait été appelé ou non au procès:

(i) ou bien comparaisse et soit interrogé devant la cour d’appel,

(ii) ou bien soit interrogé de la manière prévue par les règles de cour devant un juge de la cour d’appel, ou devant tout fonctionnaire de la cour d’appel ou un juge de paix ou autre personne nommée à cette fin par la cour d’appel;

c) admettre, comme preuve, un interrogatoire recueilli aux termes du sous-alinéa b)(ii);

d) recevoir la déposition, si elle a été offerte, de tout témoin, y compris l’appelant, qui est habile à témoigner mais non contraignable;

**687.** (1) S’il est interjeté appel d’une sentence, la cour d’appel considère, à moins que la sentence n’en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d’après la preuve, le cas échéant, qu’elle croit utile d’exiger ou de recevoir:

3

4

(a) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or

(b) dismiss the appeal.

a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;

b) soit rejeter l'appel.

#### IV. Proceedings

A. *Court of Québec, Criminal and Penal Division*, No. 505-01-008036-960, February 19, 1997

5 On December 18, 1996, the respondent pleaded guilty to charges of kidnapping, confinement, assault with a weapon, uttering threats, disguise with intent, pointing a firearm, possession of an unregistered restricted weapon, robbery, breaking and entering a dwelling-house, and conspiracy to commit robbery. After the guilty pleas were entered, Judge Yves Lagacé ordered that a presentence report be prepared pursuant to s. 721 of the *Criminal Code*. On February 19, 1997, after hearing submissions from both counsel and the testimony of Bernard Fortier, the accused's brother, the probation officer Philippe David, and the respondent himself, Judge Yves Lagacé sentenced the respondent to several terms of imprisonment to be served concurrently. The longest sentence was imprisonment for a term of ten years and six months on the kidnapping charge.

B. *Quebec Court of Appeal*, [1998] Q.J. No. 2680 (QL)

6 On appeal, the respondent filed two motions seeking leave to adduce fresh evidence, in the form of the reports by Marc Daigle, a psychologist, and Louis Morissette, a psychiatrist. On April 6, 1998, a panel of three judges of the Court of Appeal (Beauregard, Gendreau and Baudouin J.J.A.) referred that request to the panel that would determine the application to appeal the sentence.

7 These motions were heard by Deschamps, Chamberland and Nuss J.J.A. on July 8, 1998. They unanimously allowed the application for leave to appeal, since in their view the trial judge had erred

#### IV. L'historique des procédures

A. *Cour du Québec, chambre criminelle et pénale*, n° 505-01-008036-960, 19 février 1997

Le 18 décembre 1996, l'intimé plaide coupable à des accusations d'enlèvement, de séquestration, d'agression armée, d'avoir proféré des menaces, de déguisement dans un dessein criminel, d'avoir braqué une arme à feu, de possession d'une arme à autorisation restreinte non enregistrée, de vol qualifié, d'introduction par effraction dans une maison d'habitation et de complot en vue de commettre un vol qualifié. Suite aux plaidoyers de culpabilité, le juge Yves Lagacé demande la confection d'un rapport présentiel en vertu de l'art. 721 du *Code criminel*. Le 19 février 1997, après avoir entendu les représentations des deux procureurs et les témoignages de Bertrand Fortier, du frère de l'intimé, de l'agent de probation Philippe David et de l'intimé lui-même, le juge Yves Lagacé condamne ce dernier à plusieurs peines d'emprisonnement à être purgées de façon concurrente entre elles. La peine la plus sévère est une peine de dix ans et six mois d'emprisonnement pour le chef d'enlèvement.

B. *Cour d'appel du Québec*, [1998] A.Q. n° 2680 (QL)

En appel, l'intimé dépose deux requêtes demandant l'autorisation de produire une nouvelle preuve, soit les rapports du psychologue Marc Daigle et du psychiatre Louis Morissette. Le 6 avril 1998, un banc de trois juges de la Cour d'appel (les juges Beauregard, Gendreau et Baudouin) défère cette requête au banc saisi de la requête pour permission d'en appeler de la sentence.

Le 8 juillet 1998, les requêtes sont entendues par les juges Deschamps, Chamberland et Nuss. Ils sont unanimes pour accueillir la requête en autorisation d'appel, car ils sont d'avis que le juge de



by comparing this case with cases involving hostage-taking for ransom in determining the appropriate sentence. That finding is not in issue in this appeal. The majority of the Court of Appeal also allowed the motions to adduce fresh evidence, Chamberland J.A. dissenting.

1. Deschamps J.A. (Nuss J.A. concurring)

After stating that the principles laid down in *Palmer, supra*, are to be applied more flexibly in criminal cases than in civil cases, and that the provisions governing the admission of fresh evidence on appeal are different, depending on whether the Court is ruling in respect of a verdict (s. 683 of the *Criminal Code*) or a sentence (s. 687 of the *Criminal Code*), Deschamps J.A. said that a liberal approach must be taken on an appeal from a sentence when the admissibility of fresh evidence is in dispute. At para. 12, she concluded: [TRANSLATION] “while the two sections [ss. 683 and 687 of the *Criminal Code*] do not establish different rules, it is my view that at the very least the wording of s. 687 prescribes a flexible and liberal approach”.

Deschamps J.A. was of the opinion that the report prepared by the psychologist, Marc Daigle, met the requirements for admissibility. She noted that the appellant did not ask to have this assessment done and that the report was written less than two months after the probation officer’s report, which was submitted to the trial judge. In addition, the report could not have been tendered at trial, since the psychological assessment takes place after sentencing. She says at para. 15:

[TRANSLATION] While it is true that the appellant could have requested a separate expert opinion following receipt of the pre-sentence report, I cannot criticize him for failing to do so since, first, the appellant could not have foreseen that Mr. Daigle would have had an opinion diametrically opposed to that of Mr. David and, second, that would amount to encouraging competing expert opinions in cases where accused persons are dissatisfied with pre-sentence reports.

première instance a commis une erreur en comparant la présente affaire à des affaires de prise d’otage en vue d’obtenir une rançon pour déterminer quelle était la sentence appropriée. Cette conclusion n’est pas en cause dans le présent pourvoi. La majorité de la Cour d’appel accueille également les requêtes pour la production d’une nouvelle preuve. Le juge Chamberland est dissident.

1. Le juge Deschamps (avec l’appui du juge Nuss)

Après avoir souligné que les principes dégagés dans l’arrêt *Palmer*, précité, doivent être appliqués de façon plus souple en matière criminelle qu’en matière civile et que les dispositions régissant l’admission d’une nouvelle preuve en appel diffèrent selon que la Cour statue sur un verdict (art. 683 du *Code criminel*) ou sur une sentence (art. 687 du *Code criminel*), le juge Deschamps affirme qu’une attitude libérale doit être adoptée en appel d’une sentence lorsque l’admissibilité d’éléments de preuve nouveaux est litigieuse. Elle conclut au par. 12: «si les deux articles [art. 683 et 687 du *Code criminel*] n’autorisent pas des règles différentes, j’estime à tout le moins que le texte de l’article 687 dicte une approche souple et généreuse».

Le juge Deschamps est d’avis que le rapport préparé par le psychologue Marc Daigle satisfait aux conditions d’admissibilité. Elle note que l’appellant n’a pas demandé à être soumis à cette évaluation et que le rapport a été rédigé moins de deux mois après celui de l’agent de probation qui a été soumis au juge de première instance. De plus, le rapport n’aurait pas pu être produit en première instance, car l’évaluation psychologique est postérieure à l’imposition de la sentence. Elle affirme au par. 15:

S’il est vrai que l’appellant aurait pu demander une expertise distincte à la suite de la réception du rapport prédécisionnel, je ne peux lui reprocher de ne pas l’avoir fait car, premièrement, l’appellant ne pouvait prévoir que monsieur Daigle aurait une opinion diamétralement opposée à celle de monsieur David et, deuxièmement, ce serait encourager une enchère d’expertises dans les cas où les accusés ne sont pas heureux des rapports prédécisionnels.

8

9

Ultimately, Deschamps J.A. felt that it was in the interests of justice to admit the psychologist's report by Mr. Daigle in evidence, since [TRANSLATION] "it explains the appellant's past in greater detail and shows his personality from a perspective that was not evident in the trial record. Whereas the pre-sentence report refers to a significant probability of reoffending, the psychologist's report by Mr. Daigle states the opposite" (par. 16).

En définitive, le juge Deschamps estime qu'il est dans l'intérêt de la justice que le rapport du psychologue Daigle soit admis en preuve, car «il fait ressortir avec plus de détails le passé de l'appelant et fait voir sa personnalité sous une perspective qui n'apparaissait pas au dossier de première instance. Alors que le rapport prédécisionnel fait état de probabilités de récidive importantes, le rapport du psychologue Daigle est à l'effet contraire» (par. 16).

10 According to Deschamps J.A., the admissibility of the report prepared by the psychiatrist, Dr. Morissette, was more debatable. She commented that the report was prepared at the respondent's request and that thirteen months had intervened between sentencing and the preparation of the report. She also stated that the portion of the report in which Dr. Morissette responded to the probation officer's report did not carry much weight. Nonetheless, she determined that the report was admissible, since it shed additional light on Mr. Daigle's report.

Selon le juge Deschamps, l'admissibilité du rapport préparé par le psychiatre Morissette est plus discutable. Elle fait remarquer que le rapport a été préparé à la demande de l'intimé et qu'un délai de treize mois s'est écoulé entre l'imposition de la sentence et la préparation du rapport. En outre, elle affirme que la partie du rapport où le Dr Morissette réplique au rapport de l'agent de probation n'a pas beaucoup de poids. Néanmoins, elle juge le rapport admissible, car il apporte un éclairage additionnel au rapport du psychologue Daigle.

11 In view of the error committed by the trial judge and in light of the fresh evidence, Deschamps J.A. substituted a sentence of five and a half years for the sentence of ten and a half years imposed by Judge Lagacé.

En raison de l'erreur commise par le juge de première instance et à la lumière de la nouvelle preuve, le juge Deschamps substitue une peine de cinq ans et demi à la peine de dix ans et demi imposée par le juge Lagacé.

2. Chamberland J.A. (dissenting)

2. Le juge Chamberland (dissident)

12 In the view of Chamberland J.A., the reports by Mr. Daigle and Dr. Morissette should not be admitted in evidence. It was his opinion that the respondent, by exercising minimal diligence, could have sought other opinions for the purpose of countering the probation officer's opinion concerning his personality and submitted them to the trial judge. At para. 31 he stated:

Le juge Chamberland estime que les rapports du psychologue Daigle et du psychiatre Morissette ne doivent pas être admis en preuve. À son avis, l'intimé aurait pu, avec un minimum de diligence, solliciter d'autres opinions afin de contredire l'opinion de l'agent de probation sur sa personnalité et les présenter au juge de première instance. Il conclut au par. 31:

[TRANSLATION] I appreciate that the provisions governing fresh evidence differ depending whether the Court is being asked to rule as to guilt (section 683 Cr. C.) or the sentence (section 687 Cr. C.) but not, in my view, to the point that the Court must, unless there are completely exceptional circumstances (which are not found in the case at bar) or unless, of course, the other party consents, admit evidence that was readily available at trial (*R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *Palmer*

Je comprends que la disposition régissant la nouvelle preuve diffère selon que la Cour est appelée à statuer sur la condamnation (article 683 C. cr.) ou sur la sentence (article 687 C. cr.) mais, à mon avis, pas au point où la Cour doive, à moins de circonstances tout à fait exceptionnelles (que le présent dossier ne recèle pas) ou à moins, bien sûr, que l'autre partie y consente, recevoir une preuve aisément disponible en première instance (*R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *Palmer et Palmer c. R.*,

and *Palmer v. R.*, [1980] 1 S.C.R. 759). In short, it is my view that the present adversarial debate concerning the appellant's personality should have been conducted at trial rather than on appeal.

In view of the error committed by the trial judge in sentencing, Chamberland J.A. would have substituted a sentence of imprisonment for eight years and six months for the sentence imposed by Judge Lagacé. He allowed the motion to submit fresh evidence for the sole purpose of admitting in evidence the report by Jacques Bigras, the psychologist.

## V. Analysis

### A. *The Criteria Laid Down in Palmer*

In *Palmer*, *supra*, this Court considered the discretion of a court of appeal to admit fresh evidence pursuant to s. 610 of the *Criminal Code*, the predecessor of s. 683. After emphasizing that, in accordance with the wording of s. 610, the overriding consideration must be "the interests of justice", McIntyre J. set out the applicable principles, at p. 775:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen*.
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

In *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), at p. 410, Doherty J.A. wrote the following concerning these principles:

The last three criteria are conditions precedent to the admission of evidence on appeal. Indeed, the second and third form part of the broader qualitative analysis required by the fourth consideration. The first criterion,

[1980] 1 R.C.S. 759). En somme, je suis d'avis que le débat, ici contradictoire, sur la personnalité de l'appellant devait se faire en première instance, pas en appel.

Étant donné l'erreur commise par le juge de première instance lors de la détermination de la peine, le juge Chamberland substitue une peine de huit ans et six mois d'incarcération à la peine prononcée par le juge Lagacé. Il accueille la requête pour la production d'une nouvelle preuve à la seule fin d'admettre en preuve le rapport du psychologue Jacques Bigras.

## V. Analyse

### A. *Les critères établis dans l'arrêt Palmer*

Dans l'arrêt *Palmer*, précité, notre Cour a examiné le pouvoir discrétionnaire d'une cour d'appel d'admettre des éléments de preuve nouveaux en vertu de l'art. 610 du *Code criminel*, soit le prédécesseur de l'art. 683. Après avoir souligné que, d'après le libellé de l'art. 610, la considération prépondérante doit être «l'intérêt de la justice», le juge McIntyre énumère les principes applicables à la p. 775:

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles: voir *McMartin c. La Reine*.
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

Dans l'arrêt *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), à la p. 410, le juge Doherty écrit au sujet de ces principes:

[TRADUCTION] Les trois derniers critères constituent des conditions d'admissibilité d'éléments de preuve en appel. De fait, les deuxième et troisième critères font partie de l'analyse qualitative plus large requise par le

13

14

due diligence, is not a condition precedent to the admissibility of “fresh” evidence in criminal appeals, but is a factor to be considered in deciding whether the interests of justice warrant the admission of the evidence: *McMartin v. The Queen*, *supra*, at pp. 148-50; *R. v. Palmer*, *supra*, at p. 205.

In my view this is a good description of the way in which in the principles set out in *Palmer* interact.

15 This court was recently asked to apply these criteria in *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579. In that case, the British Columbia Court of Appeal determined that the accused had not satisfied the due diligence criterion and refused to admit fresh evidence. At para. 51, Major J., for the majority, pointed out that due diligence is only one factor and its absence, particularly in criminal cases, should be assessed in light of other circumstances. In other words, failure to meet the due diligence criterion should not be used to deny admission of fresh evidence on appeal if that evidence is compelling and it is in the interests of justice to admit it.

#### B. *Criteria Applicable to Appeals Against Sentence*

16 Relying on the different wording of ss. 683 and 687 of the *Criminal Code* and the fact that the words used in s. 687, in her view, convey [TRANSLATION] “a much more discretionary connotation” (para. 10), Deschamps J.A. expressed the view that the rules set out in *Palmer* are to be applied more flexibly in an appeal from a sentence. With respect, I do not share that view. Although the rules concerning sources and types of evidence are more flexible in respect of sentence, the criteria for admitting fresh evidence on appeal are the same, regardless of whether the appeal relates to a verdict or a sentence.

17 For purposes of comparison, I will reproduce again the relevant passages of ss. 683 and 687 of the *Criminal Code*:

quatrième facteur. Le premier critère, celui de la diligence raisonnable, n’est pas un préalable à l’admissibilité d’éléments de preuve «nouveaux» dans les appels en matière criminelle; il est plutôt un facteur qui doit être pris en considération pour décider si l’intérêt de la justice justifie l’admission de l’élément de preuve: *McMartin c. The Queen*, précité, aux pp. 148 à 150; *R. c. Palmer*, précité, à la p. 205.

J’estime qu’il s’agit d’une bonne description de la façon dont les principes énumérés dans l’arrêt *Palmer* interagissent.

Notre Cour a été appelée récemment à appliquer ces critères dans l’arrêt *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579. Dans cette affaire, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique avait jugé que l’accusé n’avait pas satisfait au critère de diligence raisonnable et avait refusé d’admettre la nouvelle preuve. Le juge Major, pour la majorité, rappelle au par. 51 que la diligence raisonnable n’est qu’un facteur parmi d’autres et que son absence, particulièrement en matière criminelle, devrait être appréciée en fonction d’autres circonstances. Autrement dit, le défaut de satisfaire au critère de diligence raisonnable ne devrait pas être retenu pour écarter l’admission d’éléments de preuve nouveaux en appel si ceux-ci sont convaincants et s’il est dans l’intérêt de la justice de les admettre.

#### B. *Critères applicables aux appels de sentence*

Se fondant sur le libellé différent des art. 683 et 687 du *Code criminel* et sur le fait que les mots utilisés à l’art. 687 sont, selon elle, «à connotation beaucoup plus discrétionnaire» (par. 10), le juge Deschamps exprime l’opinion que les règles énoncées dans l’arrêt *Palmer* sont assouplies en appel d’une sentence. Avec égards, je ne partage pas cet avis. Bien que les règles relatives aux sources et genres de preuve soient assouplies en matière de sentence, les critères d’admission d’éléments de preuve nouveaux en appel sont les mêmes que l’appel porte sur un verdict ou une sentence.

Pour fins de comparaison, je reproduis à nouveau les passages pertinents des art. 683 et 687 du *Code criminel*:

**683.** (1) For the purposes of an appeal under this Part, the court of appeal may, where it considers it in the interests of justice, . . .

**687.** (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive, . . . [Emphasis added.]

At first glance, it seems to me that the applicable criterion is not different: see *R. v. Hogan* (1979), 50 C.C.C. (2d) 439 (N.S.C.A.), at p. 449; and *R. v. Edwards* (1996), 105 C.C.C. (3d) 21 (Ont. C.A.), at p. 27. If a court of appeal thinks fit to admit fresh evidence, it will do so because it is in the interests of justice to admit it. Furthermore, I do not see how the discretion conferred on courts of appeal by s. 687 could be broader than the discretion conferred by s. 683 since, if such were the case, courts of appeal could exercise their discretion in a manner contrary to the interests of justice. However, it is assumed that the legislator did not intend statutes to apply in a way contrary to justice: P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 373. Like McIntyre J. in *Palmer*, *supra*, at p. 775, I believe that the overriding consideration must be the interests of justice, regardless of whether the appeal is from a verdict or a sentence.

In any case, it is my belief that the criteria stated by this Court in *Palmer* already call for a relaxed and flexible application and could hardly be relaxed any further. In accordance with the last three criteria, a court of appeal may admit only evidence that is relevant and credible, and could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. If these criteria were made more flexible, it would be open to a court of appeal to accept evidence that was not relevant or credible, and that could not reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result to which they led at trial. In my view, it would serve no purpose and be contrary to

**683.** (1) Aux fins d'un appel prévu par la présente partie, la cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice: . . .

**687.** (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir: . . . [Je souligne.]

À première vue, le critère applicable ne me semble pas être différent: voir *R. c. Hogan* (1979), 50 C.C.C. (2d) 439 (C.A.N.-É.), à la p. 449; et *R. c. Edwards* (1996), 105 C.C.C. (3d) 21 (C.A. Ont.), à la p. 27. Si une cour d'appel croit utile de recevoir une preuve nouvelle, c'est qu'elle estime qu'il est dans l'intérêt de la justice de la recevoir. De plus, je vois mal comment le pouvoir discrétionnaire conféré aux cours d'appel à l'art. 687 pourrait être plus large que celui conféré à l'art. 683, car, s'il en était ainsi, les cours d'appel pourraient exercer leur pouvoir discrétionnaire d'une façon qui est contraire à l'intérêt de la justice. Or, on ne peut présumer que le législateur a voulu faire des lois dont l'application conduirait à des conséquences contraires à la justice: P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3<sup>e</sup> éd. 1999), à la p. 562. À l'instar du juge McIntyre dans *Palmer*, précité, à la p. 775, je crois qu'il faut donner prépondérance à l'intérêt de la justice, et ce, peu importe que l'appel porte sur un verdict ou une sentence.

En tout état de cause, je crois que les critères établis par notre Cour dans l'arrêt *Palmer* commandent déjà une application souple et flexible et peuvent difficilement être assouplis davantage. Conformément aux trois derniers critères, une cour d'appel ne peut admettre que des éléments de preuve qui sont pertinents, plausibles et dont on peut raisonnablement penser qu'ils auraient influé sur le résultat s'ils avaient été produits en première instance avec les autres éléments de preuve. Assouplir ces critères aurait pour conséquence qu'une cour d'appel pourrait recevoir des éléments de preuve qui sont non pertinents, invraisemblables et qui n'auraient pas pu influencer sur le résultat s'ils avaient été produits en première instance.

the interests of justice to introduce this kind of flexibility.

19 Failure to satisfy the first criterion, due diligence, is not always fatal. As Major J. said in *Warsing, supra*, at para. 51:

It is desirable that due diligence remain only one factor and its absence, particularly in criminal cases, should be assessed in light of other circumstances. If the evidence is compelling and the interests of justice require that it be admitted then the failure to meet the test should yield to permit its admission.

This passage clearly shows that the due diligence criterion must be applied flexibly. In my view, it is not necessary to make it more flexible in the context of appeals from sentence. While due diligence is not a necessary prerequisite for the admission of fresh evidence on appeal, it is an important factor that must be taken into account in determining whether it is in the interests of justice to admit or exclude fresh evidence. As Doherty J.A. said in *M. (P.S.)*, *supra*, at p. 411:

While the failure to exercise due diligence is not determinative, it cannot be ignored in deciding whether to admit “fresh” evidence. The interests of justice referred to in s. 683 of the *Criminal Code* encompass not only an accused’s interest in having his or her guilt determined upon all of the available evidence, but also the integrity of the criminal process. Finality and order are essential to that integrity. The criminal justice system is arranged so that the trial will provide the opportunity to the parties to present their respective cases and the appeal will provide the opportunity to challenge the correctness of what happened at the trial. Section 683(1)(d) of the *Code* recognizes that the appellate function can be expanded in exceptional cases, but it cannot be that the appellate process should be used routinely to augment the trial record. Were it otherwise, the finality of the trial process would be lost and cases would be retried on appeal whenever more evidence was secured by a party prior to the hearing of the appeal. For this reason, the exceptional nature of the admission of

J’estime qu’un tel assouplissement ne servirait à rien et serait contraire à l’intérêt de la justice.

Pour ce qui est du premier critère, soit le critère de diligence raisonnable, le défaut d’y satisfaire n’est pas toujours fatal. Comme le juge Major l’a affirmé dans *Warsing*, précité, au par. 51:

Il est souhaitable que la diligence raisonnable ne reste qu’un facteur parmi d’autres, et son absence, particulièrement en matière criminelle, devrait être appréciée en fonction d’autres circonstances. Si la preuve est convaincante et s’il est dans l’intérêt de la justice de l’admettre, alors le défaut de satisfaire à ce critère ne devrait pas être retenu pour en écarter l’admission.

Ce passage démontre clairement que le critère de diligence raisonnable doit être appliqué de façon souple et flexible. À mon avis, il n’est pas nécessaire de l’assouplir davantage dans le contexte des appels de sentence. Même si la diligence raisonnable n’est pas une condition essentielle à l’admission d’éléments de preuve nouveaux en appel, il s’agit d’un facteur important dont il faut tenir compte pour déterminer s’il est dans l’intérêt de la justice de recevoir ou non une nouvelle preuve. Comme le dit le juge Doherty dans l’affaire *M. (P.S.)*, précitée, à la p. 411:

[TRADUCTION] Bien que l’omission de faire preuve de diligence raisonnable ne soit pas un facteur déterminant, il ne saurait en être fait abstraction dans la détermination de l’admissibilité d’un élément de preuve «nouveau». L’intérêt de la justice mentionné à l’art. 683 du *Code criminel* vise non seulement l’intérêt qu’a l’accusé à ce que sa culpabilité soit déterminée à la lumière de toute la preuve disponible, mais également l’intégrité du processus en matière criminelle. Le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires sont essentiels à cette intégrité. Le système de justice criminelle est organisé de telle manière que le procès donne aux parties la possibilité de présenter leur preuve, et l’appel la possibilité de contester la justesse de ce qui s’est produit au procès. L’alinéa 683(1)d) du *Code* reconnaît que le rôle des cours d’appel peut être élargi dans des cas exceptionnels, mais le processus d’appel ne peut être utilisé couramment pour étoffer le dossier constitué au procès. S’il en était autrement, le procès perdrait son caractère définitif et serait repris en appel chaque fois qu’une partie réussirait à recueillir d’autres éléments de preuve avant l’audition de l’appel. Voilà pourquoi le caractère exceptionnel de l’admission

“fresh” evidence on appeal has been stressed: *McMartin v. The Queen*, *supra*, at p. 148.

The due diligence criterion is designed to preserve the integrity of the process and it must be accorded due weight in assessing the admissibility of “fresh” evidence on appeal.

In my view, these considerations are equally relevant in the context of an appeal from sentence. Accordingly, due diligence in producing fresh evidence is a factor that must be taken into account in an appeal from sentence, on the same basis as the other three criteria set out in *Palmer*.

While the admission of fresh evidence in an appeal from a sentence cannot lead to a new trial, unlike admission of fresh evidence in an appeal from a verdict (see the wording of ss. 687 and 683 of the *Criminal Code*), I do not believe that this difference justifies the application of different tests. The integrity of the criminal process and the role of appeal courts could be jeopardized by the routine admission of fresh evidence on appeal, since this would create a two-tier sentencing system. That kind of system would be incompatible with the high standard of review applicable to appeals from sentences and the underlying “profound functional justifications”: see *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 91. Despite the fresh evidence, the sentencing judge, unlike the appeal judge, has the benefit of being able to directly assess the other evidence, the testimony and the submissions of the parties, as well as being familiar with the needs and current conditions of and in the community where the crime was committed: see *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 91. Furthermore, appeal courts are not the appropriate forum in which to determine questions of fact, and they should do so only when the fresh evidence presents certain characteristics such as would justify expanding their traditional role. This Court has already identified those characteristics, in *Palmer*. In my view, whether the appeal relates to a verdict or a sentence, the criteria laid down by this Court in *Palmer* are the criteria that are to be applied

d’éléments de preuve «nouveaux» en appel a été souligné: *McMartin c. The Queen*, précité, à la p. 148.

Le critère de la diligence raisonnable vise à préserver l’intégrité du processus, et il faut lui accorder le poids qui convient dans la détermination de l’admissibilité d’éléments de preuve «nouveaux» en appel.

Selon moi, ces considérations sont également pertinentes dans le contexte d’un appel d’une sentence. Par conséquent, la diligence raisonnable à produire une nouvelle preuve est un facteur dont il faut tenir compte lors d’un appel de sentence, au même titre que les trois autres critères énumérés dans l’arrêt *Palmer*.

Il est vrai que l’admission d’une preuve nouvelle en appel d’une sentence ne peut pas engendrer la tenue d’un nouveau procès, contrairement à l’admission d’éléments de preuve nouveaux en appel d’un verdict: voir le libellé des art. 687 et 683 du *Code criminel*. Néanmoins, je ne crois pas que cette différence justifie l’application de critères différents. L’intégrité du processus en matière pénale de même que le rôle des cours d’appel pourraient être menacés par l’admission d’éléments de preuve nouveaux de façon routinière en appel, car un système de détermination de la peine à deux niveaux serait ainsi créé. Un tel système à deux niveaux serait incompatible avec la norme de contrôle élevée applicable aux appels de sentence et les «profondes justifications fonctionnelles» qui la sous-tendent: voir *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 91. En effet, malgré la nouvelle preuve, le juge qui a infligé la peine, contrairement au juge d’appel, a l’avantage d’avoir pu apprécier directement les autres éléments de preuve, les témoignages et les observations présentées par les parties, en plus de bien connaître les besoins de la communauté où le crime a été commis et les conditions qui y règnent: voir *M. (C.A.)*, précité, au par. 91. Par ailleurs, les cours d’appel ne sont pas le forum approprié pour trancher des questions de fait et elles ne devraient le faire que lorsque la nouvelle preuve possède certaines caractéristiques justifiant l’élargissement de leur rôle traditionnel. Notre Cour a déjà identifié ces caractéristiques dans l’arrêt *Palmer*. À mon avis, peu importe que l’appel porte sur un verdict ou une sentence, les critères énumérés par notre Cour dans

where a court of appeal is determining whether to admit fresh evidence.

*Palmer* sont les critères applicables lorsqu'une cour d'appel détermine si elle doit recevoir des éléments de preuve nouveaux.

21

In addition to citing the different wording of ss. 683 and 687 of the *Criminal Code*, Deschamps J.A. refers to cases decided in other provinces. A number of courts of appeal have considered the issue of admission of fresh evidence on an appeal from a sentence: see *R. v. Lockwood* (1971), 5 C.C.C. (2d) 438 (Ont. C.A.); *Hogan, supra*; *R. v. Irwin* (1979), 48 C.C.C. (2d) 423 (Alta. C.A.); *R. v. Langille* (1987), 77 N.S.R. (2d) 224 (C.A.); *R. v. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301; *R. v. Lemay* (1998), 127 C.C.C. 528 (3d) (Que. C.A.); *R. v. Gauthier*, [1996] Q.J. No. 952 (QL) (C.A.); *R. v. McDow* (1996), 147 N.S.R. (2d) 343 (C.A.); *Edwards, supra*; *R. v. Riley* (1996), 107 C.C.C. (3d) 278 (N.S.C.A.); and *R. v. Mesgun* (1997), 121 C.C.C. (3d) 439 (Ont. C.A.). Some courts of appeal have maintained that the criteria to be applied are the same, whether the appeal relates to a verdict or a sentence: see *Hogan, supra*, at p. 449, and *Edwards, supra*, at p. 27. Others have stated that the rules relating to the admission of fresh evidence were applied more flexibly or informally in the context of an appeal from a sentence: see *Hogan, supra*, at p. 453; *Langille, supra*; *Edwards, supra*, at p. 28; and *Riley, supra*, at p. 283. However, a careful review of the jurisprudence reveals that, far from applying different criteria, courts of appeal have invariably applied the criteria set out in *Palmer*, whether expressly or by implication (for examples of the application of the due diligence criterion, see *Lockwood, Hogan, Irwin, Langille, Edwards* and *Mesgun*; for examples of the application of the relevance criterion, see *Edwards* and *Lemay*; and for an example of the application of the criteria relating to credibility and effect on the result, see *Langille*). In addition, as I have already explained, it is neither desirable nor really possible to relax the rule laid down in *Palmer*, in view of its inherent flexibility and the requirements associated with the interests of justice.

En plus d'invoquer le libellé différent des art. 683 et 687 du *Code criminel*, le juge Deschamps fait référence à la jurisprudence des autres provinces. Plusieurs cours d'appel se sont penchées sur la question de l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel d'une sentence: voir *R. c. Lockwood* (1971), 5 C.C.C. (2d) 438 (C.A. Ont.); *Hogan*, précité; *R. c. Irwin* (1979), 48 C.C.C. (2d) 423 (C.A. Alta.); *R. c. Langille* (1987), 77 N.S.R. (2d) 224 (C.A.); *R. c. Archibald* (1992), 15 B.C.A.C. 301; *R. c. Lemay*, [1998] A.Q. n° 1947 (QL) (C.A.); *R. c. Gauthier*, [1996] A.Q. n° 952 (QL) (C.A.); *R. c. McDow* (1996), 147 N.S.R. (2d) 343 (C.A.); *Edwards*, précité; *R. c. Riley* (1996), 107 C.C.C. (3d) 278 (C.A.N.-É.); et *R. c. Mesgun* (1997), 121 C.C.C. (3d) 439 (C.A. Ont.). Certaines cours d'appel ont soutenu que les critères applicables étaient les mêmes, que l'appel porte sur un verdict ou une sentence: voir *Hogan*, précité, à la p. 449, et *Edwards*, précité, à la p. 27. D'autres ont affirmé que les règles relatives à l'admission d'éléments de preuve nouveaux étaient appliquées de façon plus souple ou informelle dans le contexte d'un appel d'une sentence: voir *Hogan*, précité, à la p. 453; *Langille*, précité; *Edwards*, précité, à la p. 28; et *Riley*, précité, à la p. 283. Toutefois, un examen attentif de la jurisprudence révèle que loin d'appliquer des critères différents, les cours d'appel ont invariablement appliqué les critères énoncés dans l'arrêt *Palmer*, que ce soit de façon implicite ou explicite (pour des exemples d'application du critère de diligence raisonnable, voir *Lockwood, Hogan, Irwin, Langille, Edwards* et *Mesgun*; pour des exemples d'application du critère de pertinence, voir *Edwards* et *Lemay*; et pour un exemple d'application des critères de plausibilité et d'influence sur le résultat, voir *Langille*). Par ailleurs, comme je l'ai expliqué ci-dessus, un assouplissement de la règle établie dans l'arrêt *Palmer* n'est ni souhaitable ni vraiment possible, étant donné sa souplesse inhérente et les exigences reliées à l'intérêt de la justice.



I therefore find that the criteria set out in *Palmer* are applicable to applications to tender fresh evidence in an appeal from a sentence. Before applying these criteria to the two reports in the case at bar, I believe it is worthwhile to briefly discuss the concepts of admissibility and probative value in the context of the admission of fresh evidence on appeal, as well as certain specific characteristics of the sentencing process.

### C. *The Concepts of Admissibility and Probative Value*

In the law of evidence, admissibility and probative value are two separate concepts: see *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at pp. 192 (McIntyre J.) and 203 (Lamer J.). The general principle that applies in respect of admissibility is that relevant evidence is admissible unless it is subject to any exclusionary rule: see *Morris*, *supra*, at p. 201, and J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 23. The probative value of admissible evidence is a question for the trier of fact: *Morris*, *supra*, at p. 193 (McIntyre J.).

In the context of the admission of fresh evidence on appeal, however, the concepts of admissibility and probative value overlap. To be admissible, it is not sufficient that the fresh evidence meet the prerequisite of relevance. It must also be credible and such that it could, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. Accordingly, the probative value of the fresh evidence must, to some degree, be reviewed by a court of appeal when it is determining the admissibility of the fresh evidence. The question to be considered was expressed as follows by McIntyre J. in *Palmer*, *supra*, at pp. 776-77:

If presented to the trier of fact and believed, would the [fresh] evidence possess such strength or probative force that it might, taken with the other evidence adduced, have affected the result? [Emphasis added.]

Je conclus donc que les critères énumérés dans l'arrêt *Palmer* sont applicables aux requêtes en production d'une preuve nouvelle en appel d'une sentence. Avant d'appliquer ces critères aux deux rapports en cause en l'espèce, j'estime qu'il est utile de discuter brièvement des concepts d'admissibilité et de valeur probante dans le contexte de l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel, ainsi que de certaines particularités du processus de détermination de la peine.

### C. *Les concepts d'admissibilité et de valeur probante*

En droit de la preuve, les notions d'admissibilité et de valeur probante sont deux concepts distincts: voir *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, aux pp. 192 (le juge McIntyre) et 203 (le juge Lamer). Le principe général applicable en matière d'admissibilité est qu'un élément de preuve pertinent est admissible, sauf s'il est assujéti à une règle d'exclusion: voir *Morris*, précité, à la p. 201, et J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), à la p. 23. Il appartient au juge des faits de déterminer la valeur probante qui doit être attribuée aux éléments de preuve admissibles: *Morris*, précité, à la p. 193 (le juge McIntyre).

Dans le contexte de l'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel, cependant, les concepts d'admissibilité et de valeur probante se chevauchent. En effet, pour être admissible, il n'est pas suffisant qu'une preuve nouvelle rencontre l'exigence liminaire de pertinence. Elle doit également être plausible et susceptible d'avoir influé sur le résultat si elle avait été produite en première instance avec les autres éléments de preuve. Par conséquent, la valeur probante des éléments de preuve nouveaux doit, dans une certaine mesure, être examinée par une cour d'appel lorsqu'elle détermine l'admissibilité d'une preuve nouvelle. La question à se poser a été formulée ainsi par le juge McIntyre dans *Palmer*, précité, à la p. 777:

Si [la preuve nouvelle] est présentée au juge du fond qui y ajoute foi, aura-t-elle un poids et une force probante tels qu'elle puisse, compte tenu des autres éléments de preuve produits, influencer sur le résultat? [Je souligne.]

22

23

24

See also *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, at p. 491, and *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, at pp. 491-92. The assessment of the probative value of the fresh evidence is, however, limited, since after determining that the evidence is credible, the court of appeal must assume that the trial judge would have believed it. If the fresh evidence is admitted, the court of appeal must again consider its probative value as well as the probative value of all the other evidence in order to determine whether the sentence imposed by the trial judge was “demonstrably unfit”: *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at paras. 46 and 50; *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 90; and *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, at para. 125.

25

Determining the probative value of fresh evidence on appeal may be a difficult task, since the evidence has not been put to the test of cross-examination or rebuttal at trial. Some courts of appeal express reluctance when they are asked to admit fresh evidence containing information which the adverse party has not been able to verify. In *Riley*, *supra*, at p. 284, Pugsley J.A. wrote, for the majority of the Nova Scotia Court of Appeal:

The panel was concerned, however, about the manner in which critical information was presented to the court by defence counsel and the lack of opportunity afforded to the Crown to assess, let alone contest the information.

See also *Archibald*, *supra*. In my view, where fresh evidence is challenged, or where its probative value is in dispute, it is desirable that it be tested before being admitted, primarily for two reasons: (1) this facilitates the determination of the probative value of the fresh evidence, and (2) this is fairer to the party objecting to the admission of the fresh evidence. This “testing” can be done in a number of ways. In *Riley*, for example, the Nova Scotia Court of Appeal gave the Crown the opportunity to file affidavits in response to those submitted by the accused. Courts of appeal may also, for example, allow cross-examination of a witness or submission of expert evidence in response to fresh expert evidence. In other words, they can do

Voir également *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, à la p. 491, et *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, aux pp. 491 et 492. L'évaluation de la valeur probante de la preuve nouvelle est toutefois limitée, car, après avoir conclu que la preuve est plausible, la cour d'appel doit présumer que le juge de première instance y aurait ajouté foi. Si la preuve nouvelle est admise, la cour d'appel doit à nouveau considérer sa valeur probante ainsi que celle de tous les autres éléments de preuve afin de déterminer si la peine imposée en première instance est «manifestement inappropriée»: *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, aux par. 46 et 50; *M. (C.A.)*, précité, au par. 90; et *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, au par. 125.

Déterminer la valeur probante d'éléments de preuve nouveaux en appel peut s'avérer une tâche difficile, car ceux-ci n'ont pas subi l'épreuve du contre-interrogatoire ou de la réfutation en première instance. Certaines cours d'appel expriment des réticences lorsqu'on leur demande d'admettre des éléments de preuve nouveaux qui contiennent des informations qui n'ont pas pu être vérifiées par l'autre partie. Dans l'affaire *Riley*, précitée, à la p. 284, le juge Pugsley écrit pour la majorité de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse:

[TRADUCTION] La formation a des réserves, toutefois, relativement à la façon dont des renseignements cruciaux ont été présentés à la cour par l'avocat de la défense et au fait que le ministère public n'a pas eu l'occasion d'apprécier ces renseignements et encore moins de les contester.

Voir également l'arrêt *Archibald*, précité. À mon avis, lorsque des éléments de preuve nouveaux sont contestés, ou lorsque le débat porte sur leur valeur probante, il est souhaitable qu'ils soient mis à l'épreuve avant d'être admis, et ce, principalement pour deux raisons: (1) cela facilite la détermination de la valeur probante de la nouvelle preuve et (2) cela est plus équitable à l'endroit de la partie qui s'oppose à l'admission de la nouvelle preuve. Cette «mise à l'épreuve» peut se faire de plusieurs façons. Dans l'affaire *Riley*, par exemple, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a donné à la Couronne l'occasion de produire des affidavits en réponse aux affidavits présentés par l'accusé. Les cours d'appel peuvent également permettre, par

everything that the powers conferred on them by s. 683 of the *Criminal Code* permit them to do. Courts of appeal may exercise the powers set out in s. 683 of the *Criminal Code*, in both an appeal from a sentence and an appeal from a verdict: for an example of the application of s. 683 in an appeal from a sentence, see *R. v. Berry* (1997), 196 A.R. 398 (C.A.), at pp. 400-401.

A party who wishes to tender evidence in response to fresh evidence, cross-examine the deponent of an affidavit or an expert, or challenge the fresh evidence in any other way should make a formal motion to the court of appeal for that purpose. It is not sufficient, as occurred in this case, to say during argument on the merit of the motion to introduce fresh evidence, that a party would have liked to cross-examine the authors of the reports. In my view, the appellant cannot rely on the fact that there was no cross-examination to argue that the fresh evidence should not have been admitted, since it was up to the appellant to seek leave from the court of appeal, at the appropriate time, to cross-examine the authors of the reports in dispute.

Nonetheless, the failure to put the fresh evidence to the test is not fatal and does not make it automatically admissible or inadmissible. To be admissible on appeal, fresh evidence must satisfy the criteria set out in *Palmer*. Despite its not having been tested, the court of appeal must assess the *prima facie* relevance, credibility and probative value of the fresh evidence. It must determine whether the fresh evidence has such probative force that if presented to the trial judge and believed it could be expected to have affected the result. In the case of an expert opinion, the probative value to be assigned to it is directly related to the amount and quality of admissible evidence on which it relies: *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, at p. 897.

exemple, le contre-interrogatoire d'un témoin ou la production d'une preuve d'expert en réponse à une nouvelle preuve d'expert. Bref, elles peuvent faire tout ce que les pouvoirs qui leur sont conférés à l'art. 683 du *Code criminel* leur permettent de faire. En effet, les cours d'appel peuvent exercer les pouvoirs énumérés à l'art. 683 du *Code criminel* tant en appel d'une sentence qu'en appel d'un verdict: pour un exemple d'application de l'art. 683 lors d'un appel de sentence, voir *R. c. Berry* (1997), 196 A.R. 398 (C.A.), aux pp. 400 et 401.

La partie qui désire produire une preuve en réponse à la nouvelle preuve, contre-interroger un affiant ou un expert ou contester de toute autre façon la nouvelle preuve devrait présenter une requête formelle en ce sens à la cour d'appel. Il n'est pas suffisant, comme cela s'est produit en l'espèce, de mentionner au moment des plaidoiries sur le mérite de la requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux que l'on aurait souhaité contre-interroger les auteurs des rapports. L'appelante ne peut pas, à mon avis, invoquer l'absence de contre-interrogatoire pour soutenir que la nouvelle preuve n'aurait pas dû être admise, car il lui appartenait de demander à la cour d'appel, en temps voulu, l'autorisation de contre-interroger les auteurs des rapports contestés.

Néanmoins, le défaut de mettre une preuve nouvelle à l'épreuve n'est pas fatal et ne la rend pas automatiquement admissible ou inadmissible. Pour être admissible en appel, un élément de preuve nouveau doit rencontrer les critères établis dans l'arrêt *Palmer*. Malgré l'absence de mise à l'épreuve, la cour d'appel doit évaluer quelles sont, à première vue, la pertinence, la plausibilité et la valeur probante de la preuve nouvelle. Elle doit déterminer si la nouvelle preuve a une force probante telle qu'elle aurait influé sur le résultat si elle avait été présentée au juge de première instance et que celui-ci lui avait ajouté foi. Dans le cas de l'opinion d'un expert, la valeur probante à accorder est directement reliée à la quantité et à la qualité des éléments de preuve admissibles sur lesquels elle est fondée: *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, à la p. 897.

26

27

28 To summarize, the probative value of fresh evidence must be considered in order to determine whether it is admissible on appeal. To facilitate determination of the probative value of fresh evidence, it is desirable that it be tested by the party challenging it. For this purpose, that party should make a formal motion to the court of appeal and explain how it wishes to test the fresh evidence. Failure by a party to test fresh evidence does not relieve a court of appeal from applying the criteria established in *Palmer*.

29 The application of those criteria in the context of an appeal from a sentence will inevitably be influenced by the specific characteristics of the sentencing process, even though the criteria for the admission of fresh evidence remain fundamentally the same. I will now briefly consider some of these specific characteristics and their interaction with the *Palmer* criteria.

*D. Application of the Criteria in the Context of an Appeal Against Sentence*

30 As pointed out by Macdonald J.A. in *Langille*, *supra*, the strict rules of a trial do not apply to a sentencing hearing. For example, hearsay evidence may be accepted at the sentencing stage where found to be credible and trustworthy: see *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 414. This relaxation of the rules is explained by the fact that the judge must determine the appropriate sentence for the accused, and to do so must have as much information as possible about him. In my view, the *Palmer* criteria do not compromise the more flexible nature of the rules relating to the sources and types of evidence on which judges may base their sentences. The criteria concerning the admission of fresh evidence on appeal do not relate to the sources and types of evidence and do not demand that the strict rules of a trial apply to fresh evidence proffered on an appeal from a sentence. To be admissible, the fresh evidence need only be relevant and credible and, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result. The purpose of the due diligence criterion is to protect the interests and the

En résumé, la valeur probante d'un élément de preuve nouveau doit être considérée afin de déterminer son admissibilité en appel. Afin de faciliter la détermination de la valeur probante de la nouvelle preuve, il est souhaitable que la partie qui la conteste la mette à l'épreuve. Pour ce faire, elle devrait faire une requête formelle à la cour d'appel et préciser de quelle façon elle souhaite mettre la nouvelle preuve à l'épreuve. Le défaut d'une partie de mettre un élément de preuve nouveau à l'épreuve ne dispense pas une cour d'appel de l'application des critères établis dans l'arrêt *Palmer*.

L'application de ces critères dans le contexte d'un appel de sentence sera inévitablement teintée par les particularités propres au processus de détermination de la peine, même si, à la base, les critères d'admission d'une preuve nouvelle demeurent les mêmes. Je vais maintenant examiner brièvement quelques-unes de ces particularités et leur interaction avec les critères de l'arrêt *Palmer*.

*D. Application des critères dans le contexte d'un appel de sentence*

Comme le souligne le juge Macdonald dans l'affaire *Langille*, précitée, les règles strictes du procès ne s'appliquent pas à l'audience relative à la sentence. Par exemple, le juge peut recevoir des éléments de preuve par oui-dire à l'étape de la détermination de la peine s'ils sont crédibles et fiables: voir *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, à la p. 414. Cet assouplissement des règles s'explique par le fait qu'un juge doit déterminer la sentence appropriée en fonction de l'accusé et que, pour ce faire, il doit disposer des renseignements les plus complets possibles sur celui-ci. À mon avis, les critères de l'arrêt *Palmer* ne compromettent pas cet assouplissement des règles quant aux sources et genres de preuve sur lesquels un juge peut fonder sa sentence. En effet, les critères relatifs à l'admission d'une preuve nouvelle en appel n'ont pas trait aux sources et genres de preuve et ne commandent pas que les règles strictes du procès s'appliquent aux éléments de preuve nouveaux soumis en appel d'une sentence. Pour être admissible, la preuve nouvelle doit seulement être pertinente, plausible et susceptible d'avoir influé sur le résultat si elle

administration of justice and to preserve the role of appeal courts: see: *M. (P.S.)*, *supra*.

Another specific characteristic of the sentencing process that should be emphasized is the importance of opinion evidence. At the sentencing stage, judges must often consider reports prepared by probation officers, correctional service officers, psychologists or psychiatrists reporting their opinions concerning the personality of the accused, and his or her chances of rehabilitation and risk of reoffending. As I have already noted, the probative value to be assigned to an expert opinion is directly related to the amount and quality of admissible evidence on which it relies: *Lavallee*, *supra*, at p. 897. Accordingly, before admitting new opinion evidence on appeal, it may be necessary to determine the basis of that opinion (for example, the version of events relied on by the expert, the documents he or she consulted, and so forth) and to establish whether the facts on which the opinion is based have been proven and are credible.

Quite often, fresh evidence submitted to an appeal court in the context of an appeal from a sentence relates to events subsequent to the sentence, or consists of information from the penitentiary administration relating to an accused's progress in terms of adjustment and rehabilitation: see, for example, *Archibald*, *Lemay*, *Gauthier*, *McDow*, *Riley* and *Mesgun*. It is frequently the case that the Crown consents to the introduction of this fresh evidence, since the facts reported are seldom controversial: see *Edwards*, *supra*, at p. 28; *Gauthier*, *supra*, at para. 14; *McDow*, *supra*, at para. 18; *Mesgun*, *supra*, at para. 8; and C. Ruby, *Sentencing* (5th ed. 1999), at p. 607. In the case at bar, the appellant consented to the production of the report by Jacques Bigras, the psychologist. It is important to bear in mind that whether or not consent is given, the production of fresh evidence on appeal is possible only with the leave of the court of appeal: *Hogan*, *supra*, at p. 448. Evidence

avait été produite en première instance avec les autres éléments de preuve. Le critère de diligence raisonnable, quant à lui, vise à protéger l'intérêt et l'administration de la justice et à sauvegarder le rôle des cours d'appel: voir *M. (P.S.)*, précité.

Une autre particularité du processus de détermination de la peine qu'il vaut la peine de souligner est l'importance de la preuve d'opinion. À l'étape de l'imposition de la sentence, le juge est souvent appelé à consulter des rapports préparés par des agents de probation, des agents des services correctionnels, des psychologues ou des psychiatres faisant état de leur opinion quant à la personnalité de l'accusé, ses chances de réhabilitation et les risques de récidive. Comme je l'ai noté plus tôt, la valeur probante à accorder à l'opinion d'un expert est directement reliée à la quantité et à la qualité des éléments de preuve admissibles sur lesquels elle est fondée: *Lavallee*, précité, à la p. 897. Par conséquent, avant de recevoir une nouvelle preuve d'opinion en appel, il peut être nécessaire de déterminer le fondement de cette opinion (par exemple, la version des événements sur laquelle l'expert s'est fondé, les documents qu'il a consultés, etc.) et de vérifier si les faits à la base de l'opinion ont été prouvés et sont crédibles.

Bien souvent, les éléments de preuve nouveaux soumis à une cour d'appel dans le contexte d'un appel de sentence portent sur des événements postérieurs à la sentence ou constituent des informations de l'administration pénitentiaire concernant la démarche de réadaptation et de réhabilitation d'un accusé: voir par exemple les affaires *Archibald*, *Lemay*, *Gauthier*, *McDow*, *Riley* et *Mesgun*. Il arrive fréquemment que la Couronne consente à la production de ces éléments de preuve nouveaux, car les faits rapportés prêtent rarement à controverse: voir *Edwards*, précité, à la p. 28; *Gauthier*, précité, au par. 14; *McDow*, précité, au par. 18; *Mesgun*, précité, au par. 8; et C. Ruby, *Sentencing* (5<sup>e</sup> éd. 1999), à la p. 607. En l'espèce, l'appelante a consenti à la production du rapport du psychologue Jacques Bigras. Il est important de rappeler que consentement ou pas, la production d'éléments de preuve nouveaux en appel n'est possible qu'avec la permission de la

31

32

relating to events subsequent to the sentence or an accused's rehabilitation process normally meet the due diligence criterion, since by their very nature they were not available at the time of sentencing. However, in order to be found to be admissible, the evidence must also satisfy the other criteria, particularly the criterion relating to the likelihood that the result would be affected. The court of appeal may properly take into account the fact that the Crown has consented or that admission is uncontested particularly when assessing the relevance, credibility and probative value of fresh evidence.

- 33 Having completed my review of the concepts of admissibility and probative value and of the specific characteristics of the sentencing process, I now turn to the application of the *Palmer* criteria to the two reports in question in the instant case.

#### *E. Application to the Case at Bar*

- 34 In this case, the majority of the Court of Appeal found (at para. 16) that the report by the psychologist, Mr. Daigle, was admissible because it explained the respondent's past in greater detail and showed his personality from a perspective that was not evident in the trial record. The report by the psychiatrist, Dr. Morissette, was admitted in evidence because it shed additional light on Mr. Daigle's report (para. 17). In my opinion, these grounds are inadequate to justify the admission of those two reports, since they could justify the admission of a very broad range of additional evidence on appeal. Furthermore, the admission of any evidence on appeal which merely adds certain details to or clarifies the evidence adduced at trial would be contrary to the *Palmer* criteria and the limited role of appellate courts in respect of sentencing.

- 35 In my view, neither of these two reports should have been admitted in evidence. It is worthwhile to

cour d'appel: *Hogan*, précité, à la p. 448. Les éléments de preuve portant sur des événements postérieurs à la sentence ou sur la démarche de réadaptation et de réhabilitation d'un accusé rencontrent généralement le critère de diligence raisonnable, car, de par leur nature même, ils n'étaient pas disponibles au moment du prononcé de la sentence. Toutefois, pour être jugée admissible, la preuve doit également rencontrer les autres critères, notamment celui d'être susceptible d'influer sur le résultat. Le consentement de la Couronne ou l'absence de contestation peut légitimement être pris en considération par la cour d'appel, notamment lors de son évaluation de la pertinence, de la plausibilité et de la valeur probante de la nouvelle preuve.

Ayant complété mon examen des concepts d'admissibilité et de valeur probante et des particularités du processus de détermination de la peine, je passe maintenant à l'application des critères de l'arrêt *Palmer* aux deux rapports en cause dans la présente affaire.

#### *E. Application à l'espèce*

En l'espèce, la majorité de la Cour d'appel a jugé (au par. 16) que le rapport du psychologue Daigle était admissible parce qu'il faisait ressortir avec plus de détails le passé de l'intimé et faisait voir sa personnalité sous une perspective qui n'apparaissait pas au dossier de première instance. Pour ce qui est du rapport du psychiatre Morissette, il a été reçu en preuve parce qu'il apportait un éclairage additionnel au rapport du psychologue Daigle (par. 17). Ces raisons ne sont pas suffisantes, selon moi, pour justifier l'admission de ces deux rapports, car elles pourraient justifier l'admission d'un éventail très large d'éléments de preuve supplémentaires en appel. En outre, recevoir en appel toute preuve qui ajoute certains détails à la preuve produite en première instance ou qui clarifie celle-ci serait contraire aux critères de l'arrêt *Palmer* et au rôle limité des cours d'appel en matière de détermination de la peine.

À mon avis, aucun des deux rapports n'aurait dû être admis en preuve. Il est utile de reproduire de

reproduce the applicable criteria again, that is, the criteria set out in *Palmer*:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases.
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue relating to the sentence.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief.
- (4) The evidence must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

#### 1. Report by the Psychologist, Mr. Daigle

The report by Mr. Daigle, a psychologist, is relevant in that it expresses opinions regarding the respondent's personality, dangerousness and risk of reoffending. In addition, this report is reasonably capable of belief, particularly in that it was prepared independently and not at the request of the respondent. In addition, it can be concluded that this report satisfies the due diligence criterion. Although Mr. Daigle relied on facts prior to sentencing and the respondent could have sought the opinion of another psychologist concerning his personality and dangerousness, this particular report was not available at the time of sentencing and the respondent could not have obtained it before sentencing. This report was prepared for classification purposes for Correctional Service Canada, while the respondent was at the Regional Reception Centre in Québec.

Despite the foregoing, I find that Mr. Daigle's report should not have been admitted in evidence by the Court of Appeal, since its probative value is not such that if it had been presented to the trial judge it might have affected the result. I note, first, that Mr. Daigle did not look into the proceedings

nouveau les critères applicables, c'est-à-dire les critères énumérés dans l'arrêt *Palmer*, avec les adaptations nécessaires:

- (1) On ne devrait généralement pas admettre un élément de preuve qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produit en première instance, à condition de ne pas appliquer ce principe général de matière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles.
- (2) La preuve doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant à la sentence.
- (3) La preuve doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi.
- (4) La preuve doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits en première instance, elle aurait influé sur le résultat.

#### 1. Rapport du psychologue Daigle

Le rapport du psychologue Daigle est pertinent, car celui-ci se prononce sur la personnalité de l'intimé, sa dangerosité et les risques de récidive. De plus, on peut raisonnablement ajouter foi à ce rapport, d'autant plus qu'il a été préparé de façon indépendante et non à la demande de l'intimé. Par ailleurs, il est possible de conclure que ce rapport particulier respecte le critère de diligence raisonnable. Bien que le psychologue Daigle se soit fondé sur des faits antérieurs au prononcé de la sentence et que l'intimé aurait pu solliciter l'opinion d'un autre psychologue quant à sa personnalité et sa dangerosité, ce rapport particulier n'était pas disponible au moment du prononcé de la sentence et l'intimé n'aurait pas pu l'obtenir avant. En effet, ce rapport a été rédigé à des fins de classification pour le compte des services correctionnels canadiens, alors que l'intimé se trouvait au Centre régional de réception de Québec.

Malgré ce qui précède, je conclus que le rapport du psychologue Daigle n'aurait pas dû être reçu en preuve par la Cour d'appel, car sa valeur probante n'est pas telle qu'il aurait pu influencer sur le résultat s'il avait été présenté au juge de première instance. Je note tout d'abord que le psychologue Daigle n'a

36

37

at trial, did not read the testimony and did not consult the court documents (p. 1 of the report). While he did not prepare his report at the respondent's request, he relied only on his version of the facts. That version portrays the respondent as a victim who did not wish to commit the robbery and was allegedly acting in response to threats by his accomplices (pp. 1-2 of the report). This account makes no mention of the violence and the threats against the child. In addition, according to the report, Bertrand Fortier attacked the respondent rather than the reverse (p. 2 of the report). As well, the respondent told Mr. Daigle that he wanted to commit the robbery in order to win back his former girlfriend (p. 7 of the report).

38 The version of the facts set out in Mr. Daigle's report differs in quite a few respects from the version given by the respondent under oath at trial. I will point out only the most obvious contradictions: the respondent stated during his testimony that he wanted to commit the robbery to repay a drug debt; that he planned the crime with one of his accomplices; and that he grabbed Bertrand Fortier while he was sitting in the living room.

39 It is true that the version of the facts set out in Mr. Daigle's report is not wholly inconsistent with the respondent's testimony at trial. In that testimony, the respondent also sought to portray himself as a victim by claiming that he did not want to commit the robbery; that he would have run away if the opportunity had presented itself; and that he was only following the orders of his accomplices when he tied up the Fortier boy, put a cartridge in his mouth and took him hostage. However, the respondent's testimony is confused and full of contradictions, and is also inconsistent with the account given by the Fortier family. The trial judge clearly rejected the respondent's version of the facts. He found that the crime was planned (pp. 4-6 of the reasons) and that the respondent scratched the face of the Fortier boy with his weapon (p. 6 of the reasons) and threatened to kill him several times (p. 4 of the reasons). He also stated, at p. 7 of his reasons:

pas pris connaissance des procédures en première instance, n'a pas lu les témoignages ni consulté les documents de la cour (p. 1 du rapport). Bien qu'il n'ait pas préparé son rapport à la demande de l'intimé, il ne se fonde que sur sa version des faits. Or, cette version présente l'intimé comme étant une victime qui ne voulait pas commettre le vol et qui aurait agi sous la menace de ses complices (pp. 1 et 2 du rapport). La violence et les menaces faites à l'enfant sont évacuées du récit. De plus, selon le rapport, ce serait Bertrand Fortier qui se serait jeté sur l'intimé et non l'inverse (p. 2 du rapport). En outre, l'intimé a affirmé au psychologue Daigle qu'il avait voulu commettre ce vol afin de ramener auprès de lui son ex-compagne (p. 7 du rapport).

La version des faits qui est rapportée dans le rapport du psychologue Daigle est différente à bien des égards de celle que l'intimé a donnée sous serment en première instance. Je ne souligne que les contradictions les plus évidentes: l'intimé a affirmé dans son témoignage avoir voulu commettre le vol pour rembourser une dette de drogue; avoir planifié le coup avec un de ses complices; et avoir agrippé Bertrand Fortier alors qu'il était assis dans le salon.

Il est vrai que la version des faits rapportée dans le rapport du psychologue Daigle n'est pas complètement incompatible avec le témoignage de l'intimé en première instance. Dans son témoignage, l'intimé a aussi tenté de se présenter comme une victime en soutenant qu'il ne voulait pas aller commettre le vol; qu'il se serait sauvé s'il en avait eu l'occasion; et qu'il ne faisait qu'obéir aux ordres de ses complices lorsqu'il a attaché le jeune Fortier, lui a mis une cartouche dans la bouche et l'a pris en otage. Toutefois, le témoignage de l'intimé est confus et bourré de contradictions, en plus d'être incompatible avec le récit des membres de la famille Fortier. Le juge de première instance n'a clairement pas retenu la version des faits de l'intimé. Il a conclu que le coup avait été préparé (pp. 4 à 6 des motifs), que l'intimé avait égratigné le visage du jeune Fortier avec son arme (p. 6 des motifs) et l'avait menacé de mort à plusieurs reprises (p. 4 des motifs). Il affirme également à la p. 7 de ses motifs:



[TRANSLATION] Your submissions at the beginning of the sentencing submissions dealt a lot with how you were in fact a victim, I was talking about bad luck just now, we choose our friends, we choose our girlfriends. When something goes wrong, you can't always blame other people.

It is quite clear from an exchange between the trial judge and counsel for the respondent just before sentencing that the judge did not assign much weight to the defence theory that the respondent was a victim in this case.

Mr. Daigle therefore relied on a version of the facts that was not accepted by the trial judge, or on facts that were not established in evidence. Since the probative value of an expert opinion depends on the amount and quality of admissible evidence on which it relies (*Lavallee, supra*, at p. 897), I find that little probative value can be assigned to the psychologist's report prepared by Mr. Daigle. Having regard to that low probative value and the fact that the trial judge, on passing sentence, stressed the seriousness of the offences committed by the respondent rather than his personality, I am of the view that Mr. Daigle's report would not have affected the result if it had been introduced at trial with the other evidence. Accordingly, the Court of Appeal should not have admitted it in evidence, since it does not meet the *Palmer* criteria.

## 2. Report by the Psychiatrist, Dr. Morissette

The report prepared by Dr. Morissette, a psychiatrist, does not meet the due diligence criterion. It is dated March 17, 1998, that is, more than a year after sentencing. Unlike the report by the psychologist, Mr. Daigle, Dr. Morissette's opinion was solicited by the respondent. I agree with Chamberland J.A. that the respondent, by exercising minimal diligence, could have sought this opinion before sentence was passed and submitted Dr. Morissette's report to the trial judge for the purpose of countering the probation officer's opinion concerning his personality (see *Mesgun, supra*, at para. 8).

Il a été beaucoup question depuis vos représentations, au début des représentations sur sentence, que vous étiez effectivement une victime, je parlais de malchance tout à l'heure, on choisit ses amis, on choisit ses compagnes. Quand quelque chose ne marche pas, il ne faut pas toujours blâmer les autres.

Il ressort aussi clairement d'un échange qui s'est produit entre le juge de première instance et l'avocat de l'intimé juste avant le prononcé de la sentence que le juge n'accordait pas beaucoup de crédit à la théorie de la défense à l'effet que l'intimé était une victime dans la présente affaire.

Le psychologue Daigle s'est donc fondé sur une version qui n'a pas été retenue par le juge de première instance ou sur des faits qui n'ont pas été établis en preuve. Étant donné que la valeur probante à accorder à l'opinion d'un expert dépend de la quantité et de la qualité des éléments de preuve admissibles sur lesquels elle est fondée (*Lavallee, précité*, à la p. 897), je conclus qu'on ne peut accorder qu'une faible valeur probante au rapport préparé par le psychologue Daigle. Compte tenu de cette faible valeur probante et du fait que le juge de première instance a surtout insisté, lors du prononcé de la sentence, sur la gravité des infractions commises par l'intimé plutôt que sur sa personnalité, je suis d'avis que le rapport du psychologue Daigle n'aurait pas influé sur le résultat s'il avait été produit en première instance avec les autres éléments de preuve. Par conséquent, la Cour d'appel n'aurait pas dû le recevoir en preuve, car il ne rencontre pas les critères de l'arrêt *Palmer*.

## 2. Rapport du psychiatre Morissette

Le rapport préparé par le psychiatre Morissette ne respecte pas le critère de diligence raisonnable. Il est daté du 17 mars 1998, soit plus d'un an après le prononcé de la sentence. Contrairement au rapport du psychologue Daigle, l'opinion du psychiatre Morissette a été sollicitée par l'intimé. Je partage l'avis du juge Chamberland selon lequel l'intimé aurait pu, avec un minimum de diligence, solliciter cette opinion avant le prononcé de la sentence et présenter le rapport du psychiatre Morissette au juge de première instance dans le but de contredire l'opinion de l'agent de probation sur sa personnalité (voir *Mesgun, précité*, au par. 8).

40

41

42 Nonetheless, failure to meet the due diligence criterion is not always fatal: *Warsing, supra*, at para. 51. It is therefore necessary to consider the other three criteria set out in *Palmer* in order to determine whether their strength is such that failure to satisfy the due diligence requirement is overborne: *R. v. McAnespie*, [1993] 4 S.C.R. 501, at pp. 502-3.

43 Like the psychologist's report prepared by Mr. Daigle, the psychiatrist's report written by Dr. Morissette is relevant, since it communicates an opinion concerning the respondent's personality, danger to others and risk of reoffending. Furthermore, there is nothing to indicate that it is not reasonably capable of belief, even though it was prepared at the respondent's request. However, its probative value is low. Like the psychologist, Mr. Daigle, Dr. Morissette based his opinion on a version of the facts that was not established or adopted at trial. Although he reviewed the report prepared by the probation officer, he does not seem to have read the testimony or consulted the trial transcript. His description of the events of June 22, 1996, is very brief and does not reflect the seriousness of the offences committed or the violence employed. Furthermore, the respondent gave Dr. Morissette an explanation that was completely different from the explanation he gave under oath in respect of his participation in the events. At p. 15 of the report we read:

[TRANSLATION] Mr. Lévesque now explains that at the time of his arrest and when he arrived at the penitentiary, he did not want to say that he had committed a robbery for a woman . . . , he did not want to say that he was so dependent on a woman that he would commit a robbery . . . He felt that it would look "better" if he explained the reason for his robbery in terms of a drug debt. He is now telling us that he never had a drug debt, that he never cheated a drug dealer. According to his explanation, the only purpose of the robbery was financial gain in order to impress Francine, since Mr. Lévesque felt that if he had more money she might come back to him.

In addition, none of the details of the respondent's love life referred to by Dr. Morissette were established in evidence at trial. Thus, for the reasons I

Néanmoins, le défaut de satisfaire au critère de diligence raisonnable n'est pas toujours fatal: *Warsing*, précité, au par. 51. Il faut donc examiner les trois autres critères énumérés dans *Palmer* afin de déterminer s'ils ont un poids tel qu'ils l'emportent sur l'omission de satisfaire au critère de diligence raisonnable: *R. c. McAnespie*, [1993] 4 R.C.S. 501, aux pp. 502 et 503.

Comme le rapport préparé par le psychologue Daigle, le rapport rédigé par le psychiatre Morissette est pertinent, car il communique une opinion sur la personnalité de l'intimé, sa dangerosité et les risques de récidive. En outre, rien n'indique qu'on ne puisse raisonnablement y ajouter foi, même s'il a été préparé à la demande de l'intimé. Cependant, sa valeur probante est faible. À l'instar du psychologue Daigle, le psychiatre Morissette a fondé son opinion sur une version des faits qui n'a pas été établie ou retenue en première instance. Bien qu'il ait pris connaissance du rapport préparé par l'agent de probation, il ne semble pas avoir lu les témoignages ni consulté la transcription de ce qui s'est déroulé en première instance. La description qu'il fait des événements du 22 juin 1996 est très courte et ne reflète pas la gravité des infractions commises ni la violence qui a été employée. De plus, l'intimé a donné au psychiatre Morissette une explication complètement différente de celle qu'il a donnée sous serment en ce qui concerne sa participation aux événements. On peut lire à la p. 15 du rapport:

M. Lévesque explique maintenant que lors de son arrestation et lors de son arrivée au pénitencier, il ne voulait pas dire qu'il avait volé pour une femme [. . .], il ne voulait pas dire qu'il était suffisamment dépendant d'une femme pour voler [. . .] Il avait l'impression qu'il paraîtrait "mieux" s'il expliquait le motif de son vol par une dette de drogue. Il nous dit maintenant qu'il n'a jamais contracté de dette de drogue, qu'il n'a jamais fraudé un revendeur de drogue. Il explique que le seul but du vol était un gain financier pour impressionner Francine, M. Lévesque ayant l'impression que s'il avait plus d'argent, elle pourrait revenir à lui.

En outre, tous les détails de la vie amoureuse de l'intimé auxquels réfère le psychiatre Morissette n'ont pas été établis en preuve en première ins-

stated concerning the psychologist's report by Mr. Daigle, I find that the psychiatrist's report by Dr. Morissette is of little probative value and would not have affected the result if it had been adduced at trial with the other evidence.

In my view, as in *McAnespie, supra*, at pp. 502-3, "the strength of the other factors is not such that failure to satisfy the due diligence requirement in this case is overborne by the other factors" (emphasis in original). Accordingly, the report by the psychiatrist, Dr. Morissette, should not have been admitted in evidence on appeal.

#### VI. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal of Quebec and, for the reasons stated by Chamberland J.A., substitute a sentence of imprisonment for eight years and six months for the sentence imposed by the trial judge.

The following are the reasons delivered by

ARBOUR J. (dissenting) — I have had the benefit of the reasons of my colleague, Justice Gonthier, on this appeal. With respect, on the very particular facts of this case, I believe that the majority of the Court of Appeal was entitled to admit the reports prepared respectively by Marc Daigle and Dr. Louis Morissette. Here, the trial judge fundamentally mischaracterized the principal crime, of which the respondent had been convicted, in determining the just and appropriate sentence, with the result that the Court of Appeal was, for all intents and purposes, required to sentence afresh. In these specific circumstances, it was for the Court of Appeal to equip itself, pursuant to its broad statutory discretion under s. 683(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, with whatever evidence it deemed fit and necessary to decide the question of sentence. Accordingly, I would dismiss the appeal.

I am in general agreement with the statement of the law governing the admission of fresh evidence

tance. Donc, pour les raisons que j'ai énoncées pour le rapport du psychologue Daigle, je conclus que le rapport du psychiatre Morissette possède une faible valeur probante et n'aurait pas influé sur le résultat s'il avait été produit en première instance avec les autres éléments de preuve.

À mon avis, comme dans l'affaire *McAnespie*, précitée, aux pp. 502 et 503, «les autres facteurs n'ont pas un poids tel en l'espèce qu'ils l'emportent sur l'omission de satisfaire au critère de la diligence raisonnable» (souligné dans l'original). Par conséquent, le rapport du psychiatre Morissette n'aurait pas dû être admis en preuve en appel.

#### VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel du Québec et, pour les raisons données par le juge Chamberland, de substituer une peine de huit ans et six mois d'incarcération à la peine imposée par le juge de première instance.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ARBOUR (dissidente) — J'ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Gonthier dans le présent pourvoi. En toute déférence, j'estime qu'en raison des faits très particuliers de la présente affaire la majorité de la Cour d'appel pouvait admettre en preuve les rapports rédigés respectivement par M. Marc Daigle et par le Dr Louis Morissette. En l'espèce, lorsqu'il a déterminé la peine juste et appropriée, le juge du procès a fondamentalement mal qualifié le crime principal dont l'intimé avait été reconnu coupable, de sorte que la Cour d'appel a à toutes fins utiles dû déterminer à nouveau la peine. Dans ces circonstances particulières, il revenait à la Cour d'appel de se doter, en application du large pouvoir discrétionnaire que lui confère à cet égard le par. 683(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, de tout élément de preuve qu'elle croyait utile et nécessaire pour statuer sur la question de la peine. Par conséquent, je rejetterais le pourvoi.

Dans l'ensemble, je suis d'accord avec l'exposé que fait mon collègue, aux par. 16 à 22 de ses

44

45

46

47

in appeals against sentence, provided by my colleague at paras. 16-22 of his opinion. However, in view of the fundamental error committed by the trial judge, I do not believe that the principles articulated by Gonthier J. are germane to the disposition of this appeal. I must also emphatically disagree with Gonthier J. that *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852 (*per* Wilson J.), applies as stringently as he suggests in the sentencing context.

motifs, du droit régissant l'admission d'éléments de preuve nouveaux dans les appels relatifs à la peine. Toutefois, compte tenu de l'erreur fondamentale commise par le juge du procès, je ne crois pas que les principes énoncés par le juge Gonthier sont pertinents en ce qui concerne l'issue du présent pourvoi. Je suis en outre fortement en désaccord avec le juge Gonthier sur un autre point, puisqu'à mon avis l'arrêt *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.S.C. 852 (le juge Wilson), ne s'applique pas aussi strictement qu'il le prétend en matière de détermination de la peine.

48 The Court of Appeal was unanimous that the trial judge erred in concluding that kidnapping for ransom was the dominant offence committed by the respondent. There is no challenge before us to the unanimous conclusion of the Court of Appeal that robbery was the central, predominant offence, the hostage-taking being merely [TRANSLATION] "ancillary to the main criminal operation carried out by the [respondent] and his cohorts" ([1998] Q.J. No. 2680 (QL), at para. 35).

La Cour d'appel a jugé à l'unanimité que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que l'enlèvement en vue d'obtenir une rançon était l'infraction dominante commise par l'intimé. Personne n'a contesté devant nous la conclusion unanime de la Cour d'appel selon laquelle le vol qualifié constituait l'infraction centrale et dominante, et la prise d'otage était seulement «accessoire à l'opération criminelle principale menée par l'[intimé] et ses acolytes» ([1998] A.Q. n° 2680 (QL), au par. 35).

49 The trial judge's initial error in identifying kidnapping as the [TRANSLATION] "central matter alleged" against the respondent, which he described as [TRANSLATION] "one of the most serious crime in the Criminal Code . . . right after murder" (see C.Q., No. 505-01-008036-960, February 19, 1997, at p. 2), tainted his entire analysis, and produced a sentence that did not accurately reflect the circumstances of the offence. The Court of Appeal's task was thus not simply to assess the fitness of the sentence imposed at first instance, and, to this end, to determine the admissibility of the reports tendered by the respondent as fresh evidence on appeal. Instead, having set aside the sentence, the Court of Appeal was required to intervene essentially for the purpose of sentencing the respondent anew. In these circumstances, I believe that the Court of Appeal was entitled to consider what it deemed to be evidence relevant to the exercise of determining a just and appropriate

L'erreur qu'a commise au départ le juge du procès en considérant l'enlèvement comme «le fait central reproché» à l'intimé, fait qu'il a décrit comme «l'un des crimes les plus graves au Code criminel [. . .] juste derrière le meurtre» (voir C.Q., n° 505-01-008036-960, 19 février 1997, à la p. 2), a vicié l'ensemble de son analyse et entraîné l'infliction d'une peine qui ne reflétait pas adéquatement les circonstances de l'infraction. La tâche de la Cour d'appel ne consistait donc pas simplement à vérifier la justesse de la peine infligée en première instance et, à cette fin, à décider de l'admissibilité des rapports produits en appel par l'intimé à titre d'éléments de preuve nouveaux. Au contraire, ayant écarté la peine, la Cour d'appel devait intervenir, essentiellement afin de procéder à nouveau à la détermination de la peine à infliger à l'intimé. Dans ces circonstances, j'estime que la Cour d'appel avait le droit de prendre en considération ce qu'elle estimait être des éléments de preuve pertinents pour déterminer la peine juste et appropriée. À l'instar du juge chargé de déterminer

sentence. Like a sentencing judge, a court of appeal, in circumstances such as these, must

ha[ve] wide latitude as to the sources and types of evidence upon which to base [its] sentence. [It] must have the fullest possible information concerning the background of the accused if [it] is to fit the sentence to the offender rather than to the crime.

(*R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, *per* Dickson J. (as he then was), at p. 414.)

This “wide latitude” reflects the legal environment of a sentencing hearing — described in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 92, as an “inherently individualized process” — wherein the sentencing judge’s task is to develop a composite picture or understanding of the offender, including his past and present circumstances as well as his prospects for rehabilitation and the danger that he will re-offend, with a view to crafting a just and appropriate sentence. In this environment, as was recognized in *Gardiner*, *supra*, at p. 414:

... it is manifest that the judge should not be denied an opportunity to obtain relevant information by the imposition of all the restrictive evidential rules common to a trial. . . .

It is commonplace that the strict rules which govern at trial do not apply at a sentencing hearing and it would be undesirable to have the formalities and technicalities characteristic of the normal adversary proceeding prevail. The hearsay rule does not govern the sentencing hearing. Hearsay evidence may be accepted where found to be credible and trustworthy.

The holding in *Lavallee*, *supra*, that the weight properly attributable to expert opinion is a direct function of the amount and quality of admissible evidence on which it is based, is a product of the general rule governing the inadmissibility of hearsay evidence at trial, where considerations of probative value are critical to the presumption of innocence and the fundamental fairness of the trial process. The sentencing environment is entirely different and permits, indeed encourages, recourse to evidentiary materials that would not be appropriate in the determination of guilt or innocence.

la peine, une cour d’appel doit, en pareilles circonstances

joui[r] d’une grande latitude pour choisir les sources et le genre de preuves sur lesquelles [elle] peut fonder sa sentence. [Elle] doit disposer des renseignements les plus complets possibles sur les antécédents de l’accusé pour déterminer la sentence en fonction de l’accusé plutôt qu’en fonction de l’infraction.

(*R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), à la p. 414.)

Cette «grande latitude» reflète le contexte juridique d’une audience de détermination de la peine — décrite dans l’arrêt *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 92, comme un «processus intrinsèquement individualisé» — où la tâche du juge qui inflige la peine consiste à dégager une image ou compréhension de l’accusé, notamment de sa situation passée et présente ainsi que de ses chances de réadaptation et des risques qu’il récidive, en vue de prononcer une peine juste et appropriée. Dans ce contexte, tout comme il a été reconnu dans l’arrêt *Gardiner*, précité, à la p. 414:

... il est manifeste qu’on ne doit pas enlever au juge la possibilité d’obtenir des renseignements pertinents en imposant toutes les restrictions des règles de preuve applicables à un procès. . . .

Tout le monde sait que les règles strictes qui régissent le procès ne s’appliquent pas à l’audience relative à la sentence et il n’est pas souhaitable d’imposer la rigueur et le formalisme qui caractérisent normalement notre système de procédures contradictoires. La règle interdisant le oui-dire ne s’applique pas aux audiences relatives aux sentences. On peut recevoir des éléments de preuve par oui-dire s’ils sont crédibles et fiables.

La règle énoncée dans l’arrêt *Lavallee*, précité, selon laquelle le poids qu’il convient d’accorder à l’opinion d’un expert est directement lié à la quantité et à la qualité des éléments de preuve admissibles sur lesquels elle est fondée, découle de la règle générale qui régit l’inadmissibilité du oui-dire au procès, où les considérations relatives à la valeur probante sont cruciales vu la présomption d’innocence et l’équité fondamentale requise au procès. Le contexte de la détermination de la peine est tout à fait différent; il permet et même encourage le recours à des éléments de preuve qui ne

50

51

Hearsay evidence is admissible in sentencing proceedings (see s. 723(5) of the *Code*). For example, probation officers' reports, produced pursuant to s. 721 of the *Code*, will inevitably contain opinions and hearsay of the type that would not be admissible at trial. Similarly, victim impact statements, prepared in accordance with s. 722(2) of the *Code*, must be considered by the sentencing judge, and may be given whatever weight the sentencing judge sees fit, regardless of the fact that they often contain non-expert opinions and hearsay information that would have no probative value, even if relevant, in the trial proper. Finally, s. 724(1) of the *Code* explicitly provides that "[i]n determining a sentence, a court may accept as proved any information disclosed at the trial or at the sentencing proceedings. . .".

seraient pas appropriés pour statuer sur la culpabilité ou l'innocence. Le oui-dire est admissible dans le cadre des procédures de détermination de la peine (voir le par. 723(5) du *Code*). Par exemple, les rapports des agents de probation admissibles en preuve, conformément à l'art. 721 du *Code*, contiennent inévitablement des opinions et du oui-dire, éléments qui ne seraient pas admissibles au procès. De même, les déclarations des victimes, préparées conformément au par. 722(2) du *Code*, doivent être prises en considération par le juge qui détermine la peine, et il peut leur accorder le poids qu'il estime approprié, indépendamment du fait qu'elles contiennent souvent des opinions n'émanant pas d'experts et des renseignements constituant du oui-dire qui, mêmes s'ils étaient pertinents, n'auraient aucune valeur probante au procès lui-même. Finalement, le par. 724(1) du *Code* indique expressément que «[l]e tribunal peut, pour déterminer la peine, considérer comme prouvés les renseignements qui sont portés à sa connaissance lors du procès ou dans le cadre des procédures de détermination de la peine . . .».

52

In my opinion, the nature of the sentencing process, and of the statutory rules that govern it, contemplate that the sentencing court should have the benefit of "the fullest possible information concerning the background of the [offender]", from the widest array of sources. It is therefore inappropriate to tie the probative value of evidence tendered under these rules to the probative value of evidence proffered at trial, and thus, more specifically, to assess the weight of an expert opinion on the basis of the quantity and quality of non-hearsay evidence introduced to support that opinion. Indeed, such a requirement would largely rob the permissive use of hearsay, recognized and endorsed by this Court in *Gardiner, supra*, of all its utility. A sentencing court must be entitled to receive and rely on any credible and trustworthy evidence which assists it in obtaining as complete an understanding of the offender as possible. The extent to which evidence presented on sentencing conflicts with the facts upon which the conviction was founded is a matter for the sentencing court to take into consideration, but is not, as such, a matter for exclusion of the evidence in question. A

Selon moi, la nature du processus de détermination de la peine et les règles légales qui régissent ce processus visent à assurer que le tribunal qui prononce la peine dispose «des renseignements les plus complets possibles sur les antécédents de l'accusé» et que ces renseignements proviennent du plus large éventail de sources possible. Il n'est par conséquent pas approprié de lier la valeur probante des éléments de preuve produits en vertu de ces règles à la valeur probante des éléments de preuve produits au procès, et ainsi, plus précisément, de déterminer le poids à accorder à l'opinion d'un expert en se fondant sur la quantité et la qualité des éléments de preuve ne constituant pas du oui-dire qui ont été déposés au soutien de cette opinion. En fait, une telle exigence aurait pour effet de rendre illusoire la possibilité d'utiliser le oui-dire, qui a été reconnue et approuvée par notre Cour dans l'arrêt *Gardiner*, précité. Le tribunal qui détermine une peine doit être autorisé à recevoir tout élément de preuve crédible et fiable qui l'aide à comprendre aussi complètement que possible la situation du délinquant, et à se fonder sur un tel élément. La mesure dans laquelle un élément de preuve

sentencing court is entitled to discount any part of an expert opinion that may be based on a misapprehension of the circumstances of the offence as found by the trial judge, while making use of any insight that the opinion may properly provide into the personality of the accused, his personal and emotional life, as well as his dangerousness and risk of recidivism.

In the case at bar, while I accept that the Daigle and Morissette reports each contain an account of the events surrounding the offences committed by the respondent that differ from facts accepted by the trial judge, I cannot agree that they are of little probative value.

In my opinion, it was open to the Court of Appeal to find both reports sufficiently credible and trustworthy to assist in the development of a fuller picture of the respondent, based as they were on the experts' face-to-face psychological assessment and evaluation of the former. As such, I believe that the Court of Appeal was entitled to consider and rely on all or part of the opinions offered therein in sentencing the respondent. Even though the Daigle and Morissette reports were tendered as fresh evidence on appeal, they were not tendered simply to demonstrate that the sentence imposed by the trial judge was unfit, in light of the subsequent opinions offered by these experts. As indicated above, the sentence imposed by the trial judge was unfit because of his misunderstanding of the central offence of which the respondent was convicted. Having set aside that sentence, the Court of Appeal was free to admit any evidence that it deemed to be of assistance in discharging its sentencing function.

présenté dans le cadre de la détermination de la peine est incompatible avec les faits sur lesquels repose la déclaration de culpabilité est un facteur qui doit être pris en considération par le tribunal chargé de déterminer la peine, mais qui ne justifie pas en soi l'exclusion de l'élément de preuve en question. Le tribunal qui détermine la peine a le droit de rejeter toute partie de l'opinion d'un expert qui est fondée sur une mauvaise compréhension des circonstances de l'infraction, telles qu'elles ont été déterminées par le juge du procès, mais il peut utiliser tout éclairage que jette l'opinion de l'expert sur la personnalité de l'accusé, sa vie personnelle et affective, ainsi que sa dangerosité et les risques qu'il récidive.

En l'espèce, même si j'admets que les rapports Daigle et Morissette contiennent tous deux un récit des événements entourant les infractions commises par l'intimé qui diffère des faits retenus par le juge du procès, je ne peux souscrire à l'opinion selon laquelle ces rapports n'ont qu'une faible valeur probante.

À mon avis, il était loisible à la Cour d'appel de considérer que les deux rapports étaient suffisamment crédibles et fiables pour l'aider à se faire une image plus complète de l'intimé, puisque ces rapports étaient fondés sur l'évaluation psychologique faite par les experts à la suite de leur rencontre avec l'intimé. Par conséquent, j'estime que la Cour d'appel était autorisée à se fonder sur tout ou partie des opinions exprimées dans ces rapports pour déterminer la peine à infliger à l'intimé. Même si les rapports Daigle et Morissette ont été présentés comme des éléments de preuve nouveaux en appel, il n'ont pas été introduits seulement dans le but de démontrer que la peine infligée par le juge du procès était inappropriée, eu égard aux opinions exprimées subséquentement par ces experts. Comme je l'ai dit précédemment, la peine infligée par le juge du procès était inappropriée parce qu'il avait mal saisi quelle était l'infraction centrale dont l'intimé était déclaré coupable. Après avoir écarté cette peine, la Cour d'appel était donc libre d'admettre tout élément de preuve qu'elle estimait propre à l'aider à s'acquitter de son rôle dans la détermination de la peine.

53

54

55 For these reasons, I believe that the Court of Appeal's decision to admit the reports by Marc Daigle and Dr. Morissette was correct and should be upheld. I would therefore dismiss the appeal.

*Appeal allowed, ARBOUR J. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General of Quebec, Longueuil.*

*Solicitors for the respondent: Silver, Morena, Montréal.*

Pour ces motifs, j'estime que la décision de la Cour d'appel d'admettre les rapports préparés par M. Marc Daigle et par le Dr. Morissette était bien fondée et qu'elle doit être confirmée. Je rejetterais donc le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, le juge ARBOUR est dissidente.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général du Québec, Longueuil.*

*Procureurs de l'intimé: Silver, Morena, Montréal.*