

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**M.B.P.** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. P. (MB.)

File No.: 23088.

1993: November 12; 1994: April 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Sexual offences — Time of offence — Reopening of Crown's case — Complainant and her mother testifying that alleged assaults occurred in 1982 — Crown closing its case — Defence announcing intention to call alibi witness — Crown recalling complainant's mother to establish that alleged assaults occurred in 1983 — Whether trial judge erred in permitting Crown to reopen case — Whether trial judge erred in permitting Crown to amend indictment.*

The accused was charged with indecent assault of his niece and with having sexual intercourse with her when she was under the age of 14. The complainant had initially reported that the sexual assaults occurred in 1980. An information was drafted and the accused was arrested. He was informed that the incidents of which he was being accused had occurred when he was living at the complainant's house. After being cautioned and given his right to counsel, he made several inculpatory statements to the arresting officers. Following the preliminary inquiry, the information was amended to allege that the incidents had occurred between January 1, 1982 and January 1, 1983. The complainant, who was 16 at the time of the trial, testified that the accused had lived at her parents' house for a month or two in the summer of 1982 when she was eight and that while her parents were away for a weekend, he sexually assaulted her. She stated that she and her mother had gone through old photographs which had helped them determine the relevant time frame. Her mother testified that the accused had lived with the family for two months in the summer

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **M.B.P.** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. P. (MB.)

N° du greffe: 23088.

<sup>b</sup> 1993: 12 novembre; 1994: 14 avril.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Infractions d'ordre sexuel — Moment de l'infraction — Réouverture de la preuve du ministère public — Plaignante et sa mère témoignant que les agressions se seraient produites en 1982 — Fin de la preuve du ministère public — Défense annonçant son intention de citer un témoin pour étayer un alibi — Ministère public citant de nouveau la mère de la plaignante pour démontrer que les agressions se seraient produites en 1983 — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant au ministère public de rouvrir sa preuve? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant au ministère public de modifier l'acte d'accusation?*

L'accusé a été inculpé d'avoir attenté à la pudeur de sa nièce et d'avoir eu des rapports sexuels avec celle-ci alors qu'elle était âgée de moins de 14 ans. La plaignante a d'abord dit que les agressions sexuelles étaient survenues en 1980. Une dénonciation a été rédigée et l'accusé a été arrêté. Celui-ci a été informé que les incidents qu'on lui reprochait s'étaient produits lorsqu'il vivait dans la maison de la plaignante. Après qu'on lui eut fait une mise en garde et qu'on l'eut informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, l'accusé a fait plusieurs déclarations incriminantes aux policiers qui avaient procédé à son arrestation. Après l'enquête préliminaire, la dénonciation a été modifiée de manière à alléguer que les incidents s'étaient produits entre le 1<sup>er</sup> janvier 1982 et le 1<sup>er</sup> janvier 1983. La plaignante, qui était âgée de 16 ans au moment du procès, a témoigné que l'accusé avait demeuré pendant un ou deux mois dans la maison de ses parents, au cours de l'été 1982, alors qu'elle était âgée de huit ans, et qu'il l'avait agressée sexuellement pendant que ses parents étaient partis pour une fin de semaine. Elle a affirmé que sa mère et

of 1982, and that he had baby-sat her daughter during a van trip in July of that year. The Crown closed its case and the trial was adjourned. Prior to adjourning, defence counsel stated in open court that he would be calling three witnesses, including an alibi witness. When the trial resumed the Crown successfully applied to reopen its case and recall the complainant's mother. She testified that she had been mistaken and that she now realized that the accused had stayed with the family in the summer of 1983, not the summer of 1982. The Crown was then granted leave to amend the indictment to extend the time frame to include 1983. The accused testified that he had lived with the complainant's family during the summer of 1983. He was convicted of both counts. The Court of Appeal found that the Crown should not have been permitted to reopen its case or amend the indictment. It quashed the convictions. The Crown appeals to this Court only in respect of the acquittal on the sexual intercourse charge, the amendment to the indictment having resulted in a time frame extending beyond the repeal of the offence of indecent assault.

*Held* (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The trial judge committed a reversible error in allowing the Crown's case to be reopened after the accused had begun to answer the case against him by revealing that he would be calling three witnesses. The keystone principle in determining whether the Crown should be allowed to reopen its case has always been whether the accused will be prejudiced in his or her defence. A trial judge's discretion in this regard must be exercised judicially and with a view to ensuring that the interests of justice are served. Traditionally, the stage reached in a proceeding has been treated as correlative to prejudice and injustice to the accused. Before the Crown has closed its case, a trial judge has considerable latitude in exercising his or her discretion to allow the Crown to recall a witness so that his or her earlier testimony can be corrected. Once the Crown actually closes its case but before the defence elects whether or not to call evidence, the test to be applied by the trial judge is

elle avaient examiné d'anciennes photographies qui les avaient aidées à déterminer la période pertinente. La mère de la plaignante a témoigné que l'accusé avait vécu avec la famille pendant deux mois au cours de l'été 1982 et qu'il avait gardé sa fille pendant un voyage en fourgonnette en juillet de cette année. Le ministère public a terminé sa preuve et le procès a été ajourné. Avant l'ajournement, l'avocat de la défense a affirmé à l'audience qu'il citerait trois témoins, dont un pour étayer un alibi. À la reprise du procès, le ministère public a demandé avec succès à rouvrir sa preuve et à citer de nouveau la mère de la plaignante. Elle a témoigné qu'elle avait commis une erreur et qu'elle avait maintenant réalisé que l'accusé était demeuré avec la famille au cours de l'été 1983 et non de l'été 1982. Le ministère public a alors obtenu l'autorisation de modifier l'acte d'accusation afin de proroger la période pertinente de manière à comprendre l'année 1983. L'accusé a témoigné avoir vécu avec la famille de la plaignante au cours de l'été 1983. Il a été déclaré coupable à l'égard des deux chefs d'accusation. La Cour d'appel a conclu que le ministère public n'aurait pas dû être autorisé à rouvrir sa preuve ou à modifier l'acte d'accusation. Elle a annulé les déclarations de culpabilité. Le ministère public se pourvoit devant notre Cour seulement en ce qui concerne l'acquiescement inscrit relativement au chef d'accusation de rapports sexuels, la nouvelle période qui a résulté de la modification de l'acte d'accusation s'étendant au-delà de la date d'abrogation de l'infraction d'attentat à la pudeur.

*Arrêt* (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Le* juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Le juge du procès a commis une erreur justifiant une annulation lorsqu'il a permis au ministère public de rouvrir sa preuve après que l'accusé eut commencé à répondre à la preuve présentée contre lui en révélant qu'il citerait trois témoins. Le principe fondamental qui s'applique pour déterminer si le ministère public devrait être autorisé à rouvrir sa preuve a toujours été de savoir si l'accusé serait lésé dans sa défense. Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès à cet égard doit être exercé judiciairement et avoir pour objet d'assurer qu'il est dans l'intérêt de la justice de le faire. Traditionnellement, on a considéré qu'il y a une corrélation entre le stade auquel sont rendues les procédures et le préjudice et l'injustice que subit l'accusé. Avant que le ministère public ait terminé sa preuve, le juge du procès jouit d'une grande latitude dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de permettre au ministère public de citer de nouveau un témoin pour

generally understood to be that reopening is to be permitted to correct some oversight or inadvertent omission by the Crown in the presentation of its case, provided of course that justice requires it and there will be no prejudice to the defence. After the Crown has closed its case and the defence has started to answer the case against it, a court's discretion is very restricted, and it is only in the narrowest of circumstances that the Crown will be permitted to reopen its case. Allowing the Crown's case to be reopened after the defence has started to meet that case would undermine the guiding principle against self-incrimination. This Court's decision in *Robillard*, with its more generous approach to a trial judge's discretion over reopening, even after the defence has closed its case, must be narrowly construed as applying only to situations where the Crown is seeking to reopen in order to correct a matter of form.

This is an appropriate case in which to interfere with the trial judge's exercise of discretion to allow the Crown to reopen its case. Not only had the defence started to meet the Crown's case by declaring its intention to call evidence, but the mother's fresh evidence had the effect of changing the case which the accused had committed himself to answering. Reopening in this case was contrary to the interests of justice and prejudicial to the accused because it violated, indirectly, the fundamental tenet of our criminal justice system that an accused must not be conscripted against himself. It is unnecessary to consider whether the trial judge erred in allowing the amendment to the indictment.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): The reopening of the case was properly allowed by the trial judge, as was the amendment to the indictment. Neither of these procedural incidents altered the case which the accused had to answer, since he had been made aware at the time of his arrest that the relevant period during which he was alleged to have sexually assaulted the complainant was when he was living at her parents' house, and the accused thus could not have suffered any prejudice of any kind. A trial judge has wide discretion to allow the reopening of the case and such discretion, as long as it is exercised in a man-

qu'il corrige son témoignage antérieur. Dès que le ministère public termine réellement sa preuve, mais avant que la défense choisisse de produire une preuve, le critère que doit appliquer le juge du procès est généralement considéré comme celui selon lequel on doit permettre de rouvrir la preuve pour remédier à un oubli ou à une omission par inadvertance du ministère public dans la présentation de sa preuve, pourvu naturellement que la justice l'exige et que la défense ne soit pas lésée. Après que le ministère public a terminé sa preuve et que la défense a commencé à y répondre, le pouvoir discrétionnaire d'une cour est très limité et c'est seulement dans des circonstances très particulières que le ministère public sera autorisé à rouvrir sa preuve. Le fait de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve après que la défense a commencé à y répondre minerait le principe directeur interdisant l'auto-incrimination. L'arrêt *Robillard* de notre Cour, qui aborde de façon plus libérale le pouvoir discrétionnaire du juge du procès en matière de réouverture, même après la clôture de la preuve de la défense, doit être interprété restrictivement comme s'appliquant seulement aux situations où le ministère public cherche à rouvrir sa preuve pour corriger un vice de forme.

Il s'agit d'une affaire où il convient de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve. Non seulement la défense avait-elle commencé à répondre à la preuve du ministère public en annonçant son intention de citer des témoins, mais encore le nouveau témoignage de la mère a eu pour effet de changer la preuve à laquelle l'accusé s'était engagé à répondre. La réouverture de la preuve en l'espèce était contraire aux intérêts de la justice et causait un préjudice à l'accusé parce qu'elle portait atteinte indirectement au précepte fondamental de notre système de justice criminelle selon lequel un accusé ne doit pas être mobilisé contre lui-même. Il est inutile d'examiner si le juge du procès a commis une erreur en autorisant la modification de l'acte d'accusation.

*Les* juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): C'est à bon droit que le juge du procès a autorisé la réouverture de l'enquête ainsi que l'amendement de l'acte d'accusation. Ni l'un ni l'autre de ces incidents procéduraux n'a modifié la preuve que devait réfuter l'accusé, étant donné qu'il avait été informé, au moment de son arrestation, que la période pertinente pendant laquelle il aurait agressé sexuellement la plaignante était celle pendant laquelle il habitait dans la maison des parents de cette dernière, et qu'il n'avait donc pu subir un préjudice quelconque. Le juge du procès a un large pouvoir discrétionnaire de permettre la

ner which does not result in injustice or prejudice to the parties, should not be interfered with. Although in certain circumstances it may be more likely that prejudice will arise if the case is reopened later rather than earlier in the trial, this Court's decision in *Robillard* definitely eliminated the distinction between cases where the reopening is sought prior to and those where it is sought after the defence has started to answer the case against it, where no prejudice is demonstrated. Here there was no prejudice or denial of full answer and defence in depriving the defence of the opportunity of relying on an irrelevant detail, the dates of the offences, by allowing the Crown to submit fresh evidence which did not change the essential features of the case which the defence had to meet. The key to this flexibility is rooted in *B. (G.)*, where this Court recognized the difficulties of pinpointing the exact date of sexual assaults against children and the need to accommodate this difficulty in our criminal justice system. In light of the context of child sexual abuse and the difficulty that children have in determining exact dates and times of occurrences, courts must not unduly limit and complicate the trial judge's discretion to reopen the case with inordinate technicalities. Here there was no actual prejudice to the defence. While there must be great value placed on the right of an accused to silence and the presumption against self-incrimination, these rights have not been violated in this case.

Section 601 of the *Criminal Code* specifically confers on a trial judge the discretion to permit an amendment to the indictment in the absence of prejudice and codifies the common law rule that the date of an offence need not be proven unless it is an essential element of the offence. There is no vested right to a given alibi, and the availability of a particular defence is no bar to the application of s. 601, which was enacted to avoid having technicalities impair the truth-seeking function of the courts. The amendment sought by the Crown here was precisely for those reasons and fell squarely within the discretion of the trial judge, who was in the best position to assess whether or not the accused was or could be prejudiced by the amendment.

*Per* La Forest and McLachlin JJ. (dissenting): The trial judge did not err in allowing the Crown to reopen

réouverture de l'enquête et il n'y a pas lieu de s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir dans la mesure où il n'est pas exercé de manière à causer une injustice ou un préjudice aux parties. Bien qu'il se puisse que, dans certaines circonstances, la réouverture de l'enquête vers la fin du procès plutôt que vers le début risque davantage de causer un préjudice, l'arrêt *Robillard* de notre Cour a, dans le cas où aucun préjudice n'est établi, éliminé définitivement la distinction entre la demande de réouverture faite avant que la défense ait commencé à répondre à la preuve produite contre elle et celle faite après. En l'espèce, l'accusé n'a subi aucun préjudice ni été privé d'une défense pleine et entière du fait qu'on a omis de lui donner l'occasion de s'appuyer sur un détail non pertinent, les dates des infractions, en permettant au ministère public de produire de nouveaux éléments de preuve qui n'ont rien changé aux aspects essentiels de la preuve à laquelle la défense devait répondre. Cette flexibilité relève de l'arrêt *B. (G.)* où notre Cour a reconnu la difficulté de déterminer la date exacte d'agressions sexuelles commises contre des enfants et la nécessité de composer avec cette difficulté dans notre système de justice criminelle. Vu le contexte des abus sexuels dont sont victimes des enfants et la difficulté qu'éprouvent ces derniers à déterminer la date et l'heure exactes de ces incidents, les tribunaux ne doivent pas, par un formalisme excessif, limiter indûment le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de réouvrir la preuve, ni en compliquer l'exercice. En l'espèce, la défense n'a subi aucun préjudice réel. Bien qu'il faille attacher une grande importance au droit d'un accusé de garder le silence et à son droit de ne pas s'incriminer, il n'y a eu en l'espèce aucune violation de ces droits.

L'article 601 du *Code criminel* confère expressément au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'autoriser l'amendement d'un acte d'accusation, en l'absence de préjudice, et il codifie la règle de common law voulant que la date de l'infraction n'ait à être prouvée que si elle en constitue un élément essentiel. Il n'y a pas de droits acquis à un alibi donné et la possibilité de se prévaloir d'un moyen de défense donné n'est pas un obstacle à l'application de l'art. 601 qui a été adopté pour éviter que des formalités ne viennent entraver l'objectif de recherche de la vérité des tribunaux. C'est justement pour ces raisons que le ministère public a requis l'amendement ici en cause et que cette requête en amendement relevait directement du pouvoir discrétionnaire du juge du procès qui était le mieux placé pour déterminer si cet amendement portait préjudice à l'accusé ou était susceptible de le léser.

*Les* juges La Forest et McLachlin (dissidents): Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en permettant

its case and amend the indictment. While the later the stage at which an application to amend an indictment is made, the greater the chance for injustice to the accused, the discretion of the trial judge is to be exercised in the interests of justice — which would comprise consideration of both the interests of the accused and those of the public, including in the latter those of the victim. Here the interests of the accused were not prejudiced. The accused knew before the reopening of the case that the incident had taken place when he resided with his niece, and thus knew exactly the case he had to meet from the beginning. The difficulty of children pinpointing the exact time of incidents which have occurred several years before, but which they are able to define in terms of other contemporaneous matters, should be underlined.

### Cases Cited

By Lamer C.J.

**Considered:** *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728; **referred to:** *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399; *R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *R. v. Cachia* (1974), 17 C.C.C. (2d) 173; *R. v. Dunn*, [1970] 3 C.C.C. 424; *R. v. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273; *Crawford v. The Queen* (1984), 43 C.R. (3d) 80; *Kissick v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 343; *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386; *R. v. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94; *R. v. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168; *R. v. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Nelson*, [1993] O.J. No. 1899 (QL).

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*Vézina v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728; *R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386; *R. v. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94; *R. v. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273; *Thatcher v. The Queen*, [1986] 2 W.W.R. 97, aff'd on other grounds, [1987] 1 S.C.R. 652; *R. v. Karens*, [1986] B.C.J. No. 2165 (QL); *Protection de la jeunesse — 449*, [1990] R.J.Q. 2367; *R. v. Scott* (1984), 79 Cr. App. R. 49; *R. v. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1; *R. v. Dossi* (1918), 13 Cr. App. R. 158.

au ministère public de rouvrir sa preuve et de modifier l'acte d'accusation. Bien que plus une demande de modification d'acte d'accusation est présentée à un stade avancé des procédures, plus l'accusé risque de subir une injustice, le juge de première instance doit exercer son pouvoir discrétionnaire dans l'intérêt de la justice — qui commande l'examen des droits de l'accusé et de ceux du public, y compris dans ce dernier cas ceux de la victime. Il n'y a pas eu en l'espèce d'atteinte aux droits de l'accusé. Celui-ci savait, avant la réouverture de l'enquête, que l'incident avait eu lieu pendant qu'il habitait avec sa nièce et il connaissait donc exactement, dès le départ, la preuve à laquelle il devait répondre. Il y a lieu de souligner que les enfants ont de la difficulté à établir la date exacte d'incidents qui se sont produits plusieurs années auparavant, mais qu'ils sont capables de les situer dans le temps en se reportant à d'autres événements contemporains.

### Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêt examiné:** *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728; **arrêts mentionnés:** *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399; *R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *R. c. Cachia* (1974), 17 C.C.C. (2d) 173; *R. c. Dunn*, [1970] 3 C.C.C. 424; *R. c. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273; *Crawford c. The Queen* (1984), 43 C.R. (3d) 80; *Kissick c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 343; *R. c. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386; *R. c. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94; *R. c. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168; *R. c. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Nelson*, [1993] O.J. No. 1899 (QL).

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*Vézina c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728; *R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248; *R. c. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386; *R. c. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94; *R. c. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273; *Thatcher c. La Reine*, [1986] 2 W.W.R. 97, conf. pour d'autres motifs, [1987] 1 R.C.S. 652; *R. c. Karens*, [1986] B.C.J. No. 2165 (QL); *Protection de la jeunesse — 449*, [1990] R.J.Q. 2367; *R. c. Scott* (1984), 79 Cr. App. R. 49; *R. c. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1; *R. c. Dossi* (1918), 13 Cr. App. R. 158.

By La Forest J. (dissenting)

*R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(c), (d), 13.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 146(1), 149(1) [rep. 1980-81-82-83, c. 125, s. 8], 529(4).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 153(1), 601(2) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 123(1)], (4), (4.1) [ad. *idem*, s. 123(3)].

### Authors Cited

Bala, Nicholas, and Martha Bailey. "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283.  
 Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children*, vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.  
 Canada. Department of Justice, Research Section. *Sexual Assault Legislation in Canada: An Evaluation* (Report No. 5). Ottawa: Department of Justice Canada, 1990.  
 Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf).  
 Hor, Michael. "The Privilege against Self-Incrimination and Fairness to the Accused", [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35.  
 McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf).  
 Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 9 O.R. (3d) 424, 72 C.C.C. (3d) 121, 13 C.R. (4th) 302, 54 O.A.C. 62, allowing the accused's appeal from his convictions for indecent assault and sexual intercourse with a female under the age of 14. Appeal dismissed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

Gary T. Trotter, for the appellant.

Citée par le juge La Forest (dissident)

*R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11(c), d), 13.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 153(1), 601(2) [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 123(1)], (4), (4.1) [aj. *idem*, art. 123(3)].  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 146(1), 149(1) [abr. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 8], 529(4).

### Doctrine citée

Bala, Nicholas, and Martha Bailey. «Canada: Recognizing the Interests of Children» (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283.  
 Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*, vol. 1. Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1984.  
 Canada. Ministère de la Justice, Section de la recherche. *La loi sur les agressions sexuelles au Canada, une évaluation* (rapport n° 5). Ottawa: Ministère de la Justice du Canada, 1990.  
 Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (feuilles mobiles).  
 Hor, Michael. «The Privilege against Self-Incrimination and Fairness to the Accused», [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35.  
 McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (feuilles mobiles).  
 Paciocco, David M. *Charter Principles and Proof in Criminal Cases*. Toronto: Carswell, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 9 O.R. (3d) 424, 72 C.C.C. (3d) 121, 13 C.R. (4th) 302, 54 O.A.C. 62, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre ses déclarations de culpabilité relatives à des accusations d'attentat à la pudeur et de rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de 14 ans. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Gary T. Trotter, pour l'appelante.

*Julian N. Falconer and Richard Macklin, for the respondent.*

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

LAMER C.J. — This case raises the question of whether, in circumstances where the defence has started to answer the case against it by announcing that it will be calling evidence, it is an appropriate exercise of a trial judge's discretion to allow the Crown's case to be reopened in order to recall a witness so she can correct her earlier testimony.

### I. Facts

The respondent was charged with indecent assault of his niece contrary to s. 149(1) (now repealed) and with having sexual intercourse with her when she was under the age of 14 years contrary to s. 146(1) (now s. 153(1)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.

The complainant was 16 years old at the time of the trial. She testified that the respondent had resided at her parents' home in the summer of 1982 for one or two months when she was eight years old and that, on one occasion, while her parents were away for a weekend with their van club, she was left alone in the care of the respondent. On both nights during the absence of her parents, the respondent sexually assaulted her while she was in bed. The complainant further testified that about one week before the "van club weekend", the respondent had sexually assaulted her while her mother was asleep. She described the last assault as having taken place a few months later, when the respondent was no longer staying at her parents' house and her aunt came to baby-sit.

The complainant, who first spoke of these sexual assaults in 1989 when she was 15 years old, initially reported that the sexual assaults had

*Julian N. Falconer et Richard Macklin, pour l'intimé.*

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

LE JUGE EN CHEF LAMER — Il s'agit en l'espèce de déterminer si permettre au ministère public de rouvrir sa preuve afin de citer de nouveau un témoin pour qu'elle corrige son témoignage précédent constitue un exercice approprié du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, dans le cas où la défense a commencé à répondre à la preuve présentée contre elle en annonçant qu'elle va citer des témoins.

### I. Les faits

L'intimé a été accusé d'avoir attenté à la pudeur de sa nièce, contrairement au par. 149(1) (maintenant abrogé), et d'avoir eu des rapports sexuels avec celle-ci alors qu'elle était âgée de moins de 14 ans, contrairement au par. 146(1) (maintenant le par. 153(1)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34.

La plaignante était âgée de 16 ans au moment du procès. Elle a témoigné que l'intimé avait demeuré pendant un ou deux mois dans la maison de ses parents, au cours de l'été 1982, alors qu'elle était âgée de huit ans et qu'à un moment donné, pendant que ses parents étaient partis pour une fin de semaine avec leur club de fourgonnettes, elle était demeurée seule sous la garde de l'intimé. Au cours des deux nuits où ses parents étaient absents, l'intimé l'a agressée sexuellement pendant qu'elle était au lit. La plaignante a en outre témoigné qu'environ une semaine avant la «fin de semaine du club de fourgonnettes», l'intimé l'avait agressée sexuellement pendant que sa mère dormait. Elle a dit que la dernière agression avait eu lieu quelques mois plus tard, alors que l'intimé ne demeurait plus dans la maison de ses parents et que sa tante était venue la garder.

La plaignante qui a fait part de ces agressions sexuelles pour la première fois en 1989 alors qu'elle était âgée de 15 ans, a d'abord dit qu'elles

occurred in 1980. An information was drafted and the respondent was arrested on August 11, 1989. After being cautioned and given his right to counsel, the respondent made several inculpatory statements to the arresting officers. At the time of his arrest, the respondent was informed by the police that the incidents of which he was being accused had occurred when he was living at the complainant's house.

The information sworn on the day of the respondent's arrest described the period of the alleged assaults as being between January 1, 1980 and January 1, 1981. However, after the preliminary inquiry, the information was amended, on consent, to allege that the incidents had occurred between January 1, 1982 and January 1, 1983. At trial, the complainant testified that all the incidents had occurred in 1982, stating that she and her mother had gone through old photographs which had helped them determine the relevant time frame. The complainant's mother was also called by the Crown and she testified that the respondent had lived with the family for two months in the summer of 1982, and that the respondent had baby-sat her daughter during a van trip to Rochester, New York, in July of 1982.

The Crown closed its case and the trial was adjourned to accommodate the defence, which had not received disclosure of oral inculpatory statements made by the respondent to the police. Prior to adjourning, defence counsel stated in open court that he would be calling three witnesses, including an alibi witness, and the Crown indicated the defence's undertaking to provide him with the particulars of the alibi evidence.

When the trial resumed approximately five weeks later, the Crown applied to reopen its case and recall the complainant's mother with respect to new evidence pertaining to the dates of the offences. Over the defence's objection, he was permitted to do so. The mother testified that she had been mistaken as to the year in which the respon-

étaient survenues en 1980. Une dénonciation a été rédigée et l'intimé a été arrêté le 11 août 1989. Après qu'on lui eut fait une mise en garde et qu'on l'eut informé de son droit d'avoir recours à l'assistance d'un avocat, l'intimé a fait plusieurs déclarations incriminantes aux policiers qui avaient procédé à son arrestation. Au moment de son arrestation, l'intimé a été informé par les policiers que les incidents qu'on lui reprochait s'étaient produits lorsqu'il vivait dans la maison de la plaignante.

La dénonciation faite sous serment le jour de l'arrestation de l'intimé précisait que les prétendues agressions étaient survenues entre le 1<sup>er</sup> janvier 1980 et le 1<sup>er</sup> janvier 1981. Toutefois, après l'enquête préliminaire, la dénonciation a été modifiée, avec le consentement des parties, de manière à alléguer que les incidents s'étaient produits entre le 1<sup>er</sup> janvier 1982 et le 1<sup>er</sup> janvier 1983. Au procès, la plaignante a témoigné que tous les incidents étaient survenus en 1982, affirmant que sa mère et elle avaient examiné d'anciennes photographies qui les avaient aidées à déterminer la période pertinente. La mère de la plaignante a également été citée par le ministère public et elle a témoigné que l'intimé avait vécu avec la famille pendant deux mois au cours de l'été 1982 et qu'il avait gardé sa fille pendant un voyage en fourgonnette à Rochester (New York) en juillet 1982.

Le ministère public a terminé sa preuve et le procès a été ajourné afin de satisfaire aux demandes de la défense qui n'avait pas obtenu la communication des déclarations incriminantes faites par l'intimé aux policiers. Avant l'ajournement, l'avocat de la défense a affirmé à l'audience qu'il citerait trois témoins, dont un pour étayer un alibi, et le ministère public a indiqué que la défense s'était engagée à lui fournir les détails de l'alibi.

À la reprise du procès, environ cinq semaines plus tard, le ministère public a demandé à rouvrir sa preuve et à citer de nouveau la mère de la plaignante relativement à de nouveaux éléments de preuve concernant les dates des infractions. Malgré l'opposition de la défense, il a été autorisé à le faire. La mère a témoigné qu'elle avait commis



dent stayed with the family, and that she now realized the proper time frame was the summer of 1983, not the summer of 1982. The alibi evidence was to have been that the respondent had been confined to a hospital during the relevant time period in the summer of 1982.

The Crown then moved to have the indictment amended to extend the period during which the sexual assaults were alleged to have occurred to include the year 1983. Over the defence's objection, leave to amend was granted and the time frame described in the indictment became January 1, 1982 to January 1, 1984. After a further adjournment, the respondent was called and he testified that he had lived with the complainant's family during the summer of 1983.

The respondent was found guilty of indecent assault and of having sexual intercourse with his niece when she was under the age of 14. The Court of Appeal, however, allowed the respondent's appeal, quashed the convictions and entered an acquittal: (1992), 9 O.R. (3d) 424, 72 C.C.C. (3d) 121, 13 C.R. (4th) 302, 54 O.A.C. 62. The Crown appeals to this Court only in respect of the acquittal entered on count two (the charge of sexual intercourse contrary to s. 146(1)), and not with respect to count one (the charge of indecent assault contrary to s. 149(1)). This is because the amendment to the indictment resulted in a time frame which extended beyond the point when s. 149(1) was still in force.

## II. Judicial History

### *Ontario Court, General Division (DiSalle J.)*

After hearing argument from both sides, the trial judge allowed the Crown to reopen its case in order to recall the complainant's mother with respect to new evidence pertaining to the dates in the indictment.

une erreur quant à l'année où l'intimé est demeuré avec la famille et qu'elle avait maintenant réalisé que la période pertinente était l'été 1983 et non l'été 1982. L'alibi aurait été que l'intimé avait été hospitalisé durant toute la période pertinente au cours de l'été 1982.

Le ministère public a alors demandé la modification de l'acte d'accusation afin de proroger la période pendant laquelle les agressions sexuelles auraient eu lieu de manière à comprendre l'année 1983. Malgré l'opposition de la défense, l'autorisation de modifier a été accordée et la période décrite dans l'acte d'accusation s'étend désormais du 1<sup>er</sup> janvier 1982 au 1<sup>er</sup> janvier 1984. Après un nouvel ajournement, l'intimé a été appelé à la barre et il a témoigné avoir vécu avec la famille de la plaignante au cours de l'été 1983.

L'intimé a été déclaré coupable d'attentat à la pudeur et d'avoir eu des rapports sexuels avec sa nièce alors qu'elle était âgée de moins de 14 ans. Toutefois, la Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé, annulé les déclarations de culpabilité et inscrit un verdict d'acquiescement: (1992), 9 O.R. (3d) 424, 72 C.C.C. (3d) 121, 13 C.R. (4th) 302, 54 O.A.C. 62. Le ministère public se pourvoit devant notre Cour seulement en ce qui concerne l'acquiescement inscrit relativement au deuxième chef d'accusation (celui d'avoir eu des rapports sexuels contrairement au par. 146(1)) et non en ce qui concerne le premier chef d'accusation (celui d'attentat à la pudeur contrairement au par. 149(1)). Cela s'explique par le fait que la nouvelle période qui a résulté de la modification de l'acte d'accusation s'étendait au-delà de la date d'abrogation du par. 149(1).

## II. Historique judiciaire

### *Cour de l'Ontario, Division générale (le juge DiSalle)*

Après avoir entendu les arguments des deux parties, le juge du procès a permis au ministère public de rouvrir sa preuve pour citer de nouveau la mère de la plaignante relativement à de nouveaux éléments de preuve concernant les dates mentionnées dans l'acte d'accusation.

With respect to the Crown's subsequent application for amending the indictment, the trial judge relied on the principles established in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, and stated that "there is always difficulty of pinpointing the exact date because of the age of these complainants in trying to remember the time", and that

... the incidences are not changed, we are talking here of people trying to recall a certain date by certain events and the young complainant related it to the van trip. Somebody has made a mistake in the summer of the van trip. I do not believe that this will prejudice the accused in amending that date.

In finding the respondent guilty of the offences charged, the trial judge concluded that:

Although the evidence of the complainant was confusing as to the actual dates, I find that her evidence related to the time and place that the accused lived there. ...

I accept the complainant's evidence as to the time and place and I accept Mrs. P.'s evidence as to the time and place and her method of recalling it as she thought about it and found pictures and related to that time period.

I further accept Constable Rollin's evidence that she related to the accused that the alleged offences took place at 26 Bay Road and during the time the accused lived there.

*Court of Appeal for Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 424 (Finlayson J.A. for the court)

Although the appeal before the Court of Appeal concerned only the trial judge's ruling permitting the Crown to amend the indictment, Finlayson J.A. also considered the propriety of allowing the Crown to reopen its case in the circumstances. He observed that it was only in view of the evidence of alibi that it became necessary for the Crown to reopen its case so that it could adduce fresh evidence which made the alibi irrelevant. He held that the Crown should not have been permitted to reopen its case. The trial judge should have heard the alibi evidence and decided the case as the Crown

Quant à la demande de modification de l'acte d'accusation présentée subséquentement par le ministère public, le juge du procès s'est fondé sur les principes établis dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, pour affirmer qu'[TRADUCTION] «il est toujours difficile de déterminer la date exacte en raison de l'âge des plaignantes qui tentent de s'en souvenir», et que

[TRADUCTION] ... les incidences n'ont pas changé, il s'agit ici de personnes qui tentent de se rappeler d'une certaine date au moyen de certains événements et la jeune plaignante l'a associée au voyage en fourgonnette. Quelqu'un a commis une erreur au cours de l'été du voyage en fourgonnette. Je ne crois pas que la modification de la date causera un préjudice à l'accusé.

En déclarant l'intimé coupable des infractions reprochées, le juge du procès a conclu que:

[TRADUCTION] Bien que le témoignage de la plaignante porte à confusion quant aux dates réelles, je suis d'avis que son témoignage se rapporte au moment et au lieu où l'accusé a vécu là ...

J'accepte le témoignage de la plaignante quant à la date et au lieu et j'accepte le témoignage de Mme P. quant à la date et au lieu ainsi que sa façon de s'en rappeler car elle y a pensé et a trouvé des photographies et a fait le lien avec cette période.

J'accepte en outre le témoignage de l'agent Rollin selon lequel elle a raconté à l'accusé que les prétendues infractions avaient eu lieu au 26, chemin Bay et pendant que l'accusé y habitait.

*Cour d'appel de l'Ontario* (1992), 9 O.R. (3d) 424 (le juge Finlayson au nom de la cour)

Bien que l'appel interjeté devant la Cour d'appel n'ait porté que sur la décision du juge du procès de permettre au ministère public de modifier l'acte d'accusation, le juge Finlayson a également examiné l'opportunité de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve dans les circonstances. Il a fait remarquer que ce n'était qu'en raison de l'alibi fourni qu'il était devenu nécessaire pour le ministère public de rouvrir sa preuve pour présenter de nouveaux éléments de preuve destinés à rendre l'alibi non pertinent. Il a conclu que le ministère public n'aurait pas dû être autorisé à rouvrir sa preuve. Le juge du procès aurait dû entendre l'alibi et rendre une décision sur la preuve telle que for-

had defined it. Finlayson J.A. explained (at pp. 431-32):

I do not wish to place this opinion on too narrow a basis. My objections are to the reopening of the Crown's case and to the amendment of the indictment. My reasons in both cases relate to prejudice. I do not see how the Crown can be permitted to recast its case when faced with an alibi, the accuracy of which it was not prepared to dispute. The defence went into a trial where the Crown had originally alleged offences in the year 1980. The year was changed to 1982. The [respondent's] defence was a denial bolstered by an alibi which the defence could establish independently of the [respondent's] evidence. Consequently, once the time frame was changed to include the year 1983, an adjournment could not have assisted the [respondent]. He had lost the ability to put forward an independent assertion of his innocence to the charge as contained in the indictment. In charges of sexual assault against very young children, the accused is often reduced to his own denial as a defence. The loss of an independent alibi is, therefore, a very serious loss indeed.

On the amendment issue, Finlayson J.A. noted that prejudice to the accused is provided for in s. 529(4) (now s. 601(4)) of the *Criminal Code*. He stated that in *B. (G.)*, *supra*, the Supreme Court of Canada recognized that the availability of an alibi is a significant consideration in assessing prejudice to an accused. He relied on the conclusion in *B. (G.)* (at p. 53) that, "[i]f the time of the offence cannot be determined and time is an essential element of the offence or crucial to the defence, a conviction cannot be sustained", to find the year in which the offences were alleged to have occurred as being crucial to the defence. He stated (at p. 433) that "[t]he defence was positioned to respond to the case as pleaded and led by the Crown. Accordingly, in my opinion, the prejudice to the [respondent] arising from the amendment to the

mulée par le ministère public. Le juge Finlayson explique, aux pp. 431 et 432:

[TRADUCTION] Je ne veux pas fonder la présente opinion sur une base trop étroite. Mes objections portent sur la réouverture de la preuve du ministère public et sur la modification de l'acte d'accusation. Mes motifs dans les deux cas ont trait au préjudice causé. Je ne vois pas comment on peut permettre au ministère public de remanier sa preuve devant un alibi dont il n'est pas prêt à contester l'exactitude. La défense s'est engagée dans un procès où le ministère public avait initialement allégué que des infractions avaient été commises en 1980. L'année a été changée pour 1982. Le moyen de défense [de l'intimé] consistait en une négation de culpabilité étayée par un alibi dont la défense pouvait établir l'existence indépendamment du témoignage [de l'intimé]. Par conséquent, une fois que la période visée eut été modifiée de manière à comprendre l'année 1983, l'ajournement n'aurait pas pu aider [l'intimé]. Il avait perdu la possibilité d'affirmer son innocence de façon indépendante relativement au chef contenu dans l'acte d'accusation. Dans les accusations d'agression sexuelle contre de très jeunes enfants, le seul moyen de défense que peut faire valoir l'accusé consiste souvent à nier lui-même sa culpabilité. Par conséquent, la perte d'un alibi indépendant constitue véritablement une perte très grave.

Quant à la question de la modification, le juge Finlayson a fait remarquer que le préjudice causé à un accusé est visé au par. 529(4) (maintenant le par. 601(4)) du *Code criminel*. Il a dit que, dans l'arrêt *B. (G.)*, précité, la Cour suprême du Canada a reconnu que la possibilité de fournir un alibi est une considération importante pour évaluer le préjudice causé à un accusé. Il s'est fondé sur la conclusion énoncée à la p. 53 de l'arrêt *B. (G.)*, selon laquelle «[s]i le moment de l'infraction ne peut être déterminé et qu'il constitue un élément essentiel de l'infraction ou un élément crucial pour la défense, une déclaration de culpabilité ne peut être maintenue», pour conclure que l'année au cours de laquelle les infractions auraient été commises était un élément crucial pour la défense. Il a dit, à la p. 433, que [TRADUCTION] «[l]a défense était en mesure de répondre à la preuve produite par le ministère public. Par conséquent, j'estime que le préjudice causé à l'[intimé] par la modification de l'acte d'accusation était absolu et que le juge du

indictment was total, and the learned trial judge was in error in granting the amendment”.

Finlayson J.A was of the view that the respondent was denied a significant procedural safeguard in that the case against him was materially changed to an altogether different case after he had announced his defence and the Crown had closed its case. He suggested that amendments during a trial should not be encouraged because they usually work to the prejudice of the accused. He concluded that the conviction could not stand, and accordingly allowed the appeal, quashed the conviction and entered an acquittal.

### III. Points in Issue

1. Did the Court of Appeal for Ontario err in determining that the trial judge had erred in permitting the Crown to reopen its case?
2. Did the Court of Appeal for Ontario err in concluding that the trial judge had erred in permitting the Crown to amend the indictment?

### IV. Analysis

#### *Introduction*

This case is, fundamentally, about the reopening of the Crown’s case and not about the amendment to the indictment. I am not convinced that the respondent suffered any irreparable prejudice by the mere fact of the amendment to the dates specified in the indictment. However, the respondent was prejudiced by the trial judge’s decision to allow the Crown’s case to be reopened after the respondent had begun to answer the case against him by revealing that he would be calling three witnesses. Therefore, I am satisfied that the trial judge committed a reversible error at the reopening stage, before the Crown moved to amend the indictment.

procès a commis une erreur en autorisant la modification».

Le juge Finlayson était d’avis qu’une garantie procédurale importante avait été refusée à l’intimé parce que la preuve présentée contre lui avait été transformée sensiblement en une preuve entièrement différente après qu’il eut annoncé le moyen de défense qu’il allait invoquer et que le ministère public eut terminé sa preuve. Il a dit qu’il n’y avait pas lieu d’encourager les modifications au cours d’un procès parce qu’elles causeraient habituellement un préjudice à l’accusé. Il a conclu que la déclaration de culpabilité ne pouvait être maintenue et, par conséquent, il a accueilli l’appel, annulé la déclaration de culpabilité et inscrit un verdict d’acquiescement.

### d III. Questions en litige

1. La Cour d’appel de l’Ontario a-t-elle commis une erreur en décidant que le juge du procès avait commis une erreur en permettant au ministère public de rouvrir sa preuve?
2. La Cour d’appel de l’Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès avait commis une erreur en permettant au ministère public de modifier l’acte d’accusation?

### IV. Analyse

#### g *Introduction*

La présente affaire porte essentiellement sur la réouverture de la preuve du ministère public et non sur la modification de l’acte d’accusation. Je ne suis pas convaincu que l’intimé a subi un préjudice irréparable du simple fait qu’on a modifié les dates précisées dans l’acte d’accusation. Toutefois, l’intimé a subi un préjudice à cause de la décision du juge du procès de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve après que l’intimé eut commencé à répondre à la preuve présentée contre lui en révélant qu’il citerait trois témoins. Par conséquent, je suis convaincu que le juge du procès a commis une erreur justifiant une annulation à l’étape de la réouverture de la preuve, avant que le ministère public demande la modification de l’acte d’accusation.

The reason it was not the amendment in itself but the reopening which created the injustice is that, on the facts as found by the trial judge, the respondent knew what was alleged against him from the outset. He had been made aware at the time of his arrest that the relevant period during which he was alleged to have sexually assaulted the complainant was when he was living at her parents' house. I am inclined to think that, up until the point when the Crown closed its case, the dates in the indictment could have been amended so as to make them conform with the period during which the respondent was living with the complainant's family. In this regard, I would simply note that courts, including this one, have accepted that, in cases involving offences and particularly sexual offences against young children, absolute precision with respect to the timing of an alleged offence will often be unrealistic and unnecessary: *B. (G.)*, *supra*, at p. 53; also see *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at pp. 132-34, and *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399 (Ont. C.A.), at p. 403.

The fact that an accused may have an alibi for the period (or part of the period) described in an indictment does not necessarily or automatically "freeze" the dates specified in that indictment. That is to say, there is no vested right to a given alibi. Alibi evidence must respond to the case as presented by the Crown, and not the other way around. Section 601(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 529(4)), directs a trial judge to consider certain factors in deciding whether to allow an indictment to be amended, including whether an accused has been misled or prejudiced and whether an injustice might result. It reads as follows:

**601. . . .**

(4) The court shall, in considering whether or not an amendment should be made to the indictment or a count thereof under subsection (3), consider

(a) the matters disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry;

La raison pour laquelle ce n'est pas la modification elle-même mais la réouverture de la preuve qui a créé l'injustice c'est que, d'après les faits constatés par le juge du procès, l'intimé savait depuis le début ce qui lui était reproché. Il avait été informé, au moment de son arrestation, que la période pertinente pendant laquelle il aurait agressé sexuellement la plaignante était celle pendant laquelle il habitait dans la maison des parents de cette dernière. Je suis porté à croire que, jusqu'au moment où le ministère public a terminé sa preuve, les dates inscrites dans l'acte d'accusation auraient pu être modifiées de manière à correspondre à la période au cours de laquelle l'intimé a vécu avec la famille de la plaignante. À cet égard, je ferais simplement remarquer que les tribunaux, y compris notre Cour, ont admis que, dans les affaires où il est question d'infractions et particulièrement d'infractions de nature sexuelle contre de jeunes enfants, une précision absolue quant au moment où l'infraction aurait été commise est souvent irréaliste et inutile: *B. (G.)*, précité, à la p. 53; voir également *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, aux pp. 132 à 134, et *Re Regina and R.I.C.* (1986), 32 C.C.C. (3d) 399 (C.A. Ont.), à la p. 403.

Le fait qu'un accusé puisse avoir un alibi pour la période (ou une partie de la période) décrite dans un acte d'accusation ne «gèle» pas nécessairement ni automatiquement les dates précisées dans cet acte d'accusation. Autrement dit, il n'y a pas de droits acquis à un alibi donné. Un alibi doit être fourni en réponse à la preuve présentée par le ministère public et non l'inverse. Le paragraphe 601(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant le par. 529(4)), exige du juge du procès qu'il tienne compte de certains facteurs pour décider s'il doit autoriser la modification d'un acte d'accusation, dont la question de savoir si un accusé a été induit en erreur ou lésé ou si une injustice pourrait résulter. En voici le texte:

**601. . . .**

(4) Le tribunal examine, en considérant si une modification devrait ou ne devrait pas être faite:

a) les faits révélés par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire;

- (b) the evidence taken on the trial, if any;
- (c) the circumstances of the case;
- (d) whether the accused has been misled or prejudiced in his defence by any variance, error or omission mentioned in subsection (2) or (3); and
- (e) whether, having regard to the merits of the case, the proposed amendment can be made without injustice being done.

Nowhere does s. 601(4) say that inability to rely on a particular defence is co-extensive with irreparable "prejudice" or "injustice", and nor can this be inferred from the language of the provision. Rather, such matters are properly left to the trial judge to consider in the particular circumstances of a case.

In any event, this appeal can be disposed of on the basis that the reopening of the Crown's case was in error, without considering the issue of amendment. At the point when the Crown moved to reopen its case, there was no basis in the evidence for the Crown to apply for an amendment. The indictment conformed with the evidence which, up to that point, had been that the alleged sexual assaults had occurred in July of 1982. The reopening of the Crown's case to recall the complainant's mother and have her correct her earlier testimony as to dates was, therefore, a condition precedent to the amendment which the Crown subsequently sought. I have concluded that, given the advanced stage reached in the proceedings, the Crown should not have been allowed to reopen its case in order to justify the subsequent amendment to the indictment.

### *The Principles Governing Reopening*

The keystone principle in determining whether the Crown should be allowed to reopen its case has always been whether the accused will suffer prejudice in the legal sense — that is, will be prejudiced in his or her defence. A trial judge's exercise of discretion to permit the Crown's case to be reopened must be exercised judicially and

- b) la preuve recueillie lors du procès, s'il en est;
- c) les circonstances de l'espèce;
- d) la question de savoir si l'accusé a été induit en erreur ou lésé dans sa défense par une divergence, erreur ou omission mentionnée au paragraphe (2) ou (3); et
- e) la question de savoir si, eu égard au fond de la cause, la modification projetée peut être apportée sans qu'une injustice soit commise.

Le paragraphe 601(4) ne prévoit nullement que l'incapacité d'invoquer un moyen de défense particulier constitue un «préjudice» ou une «injustice» irréparable, et cela ne peut pas non plus se déduire du texte de la disposition. Il convient plutôt de laisser au juge du procès le soin d'examiner ces questions en fonction des circonstances particulières d'une affaire.

De toute façon, il est possible de statuer sur le présent pourvoi en tenant pour acquis que la réouverture de la preuve du ministère public constituait une erreur, indépendamment de la question de la modification. Au moment où le ministère public a demandé la réouverture de sa preuve, rien dans la preuve ne justifiait le ministère public de demander une modification. L'acte d'accusation était conforme à la preuve qui, jusqu'à ce moment, voulait que les prétendues agressions sexuelles aient été commises en juillet 1982. La réouverture de la preuve du ministère public afin de citer de nouveau la mère de la plaignante pour qu'elle corrige son témoignage antérieur concernant les dates était donc une condition préalable à la modification que le ministère public a demandée par la suite. J'ai conclu qu'en raison du stade avancé des procédures le ministère public n'aurait pas dû être autorisé à rouvrir sa preuve pour justifier la modification subséquente de l'acte d'accusation.

### *Les principes régissant la réouverture de la preuve*

Le principe fondamental qui s'applique pour déterminer si le ministère public devrait être autorisé à rouvrir sa preuve a toujours été de savoir si l'accusé subirait un préjudice au sens juridique, c.-à-d. s'il serait lésé dans sa défense. Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'autoriser la réouverture de la preuve du ministère public doit

should be based on ensuring that the interests of justice are served.

Traditionally, courts in Canada and in England have treated the stage reached in a proceeding as correlative to prejudice and injustice to the accused. That is, a court's discretion with respect to reopening will be exercised less readily as the trial proceeds. The point is illustrated by taking the following three stages in a trial:

- (1) before the Crown closes its case,
- (2) immediately after the Crown closes its case but before the defence elects whether or not to call evidence (most commonly, this is where the defence has moved for a directed verdict of acquittal for failure by the Crown to prove some essential ingredient of its case), and
- (3) after the defence has started to answer the case against it by disclosing whether or not it will be calling evidence.

In the first phase, before the Crown has closed its case, a trial judge has considerable latitude in exercising his or her discretion to allow the Crown to recall a witness so that his or her earlier testimony can be corrected. Any prejudice to the accused can generally be cured at this early stage by an adjournment, cross-examination of the recalled witness and other Crown witnesses and/or a review by the trial judge of the record in order to determine whether certain portions should be struck.

Once the Crown actually closes its case and the second phase in the proceeding is reached, the trial judge's discretion to allow a reopening will narrow and the corresponding burden on the Crown to satisfy the court that there are no unfair consequences will heighten. The test to be applied by the trial judge is generally understood to be that reopening

être exercé judiciairement et avoir pour objet d'assurer qu'il est dans l'intérêt de la justice de le faire.

Traditionnellement, les tribunaux au Canada et en Angleterre ont considéré qu'il y a une corrélation entre le stade auquel sont rendues les procédures et le préjudice et l'injustice que subit l'accusé. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire d'un tribunal d'autoriser la réouverture de la preuve sera exercé moins volontiers à mesure que le procès avance. Ce point est illustré par les trois étapes suivantes d'un procès:

- (1) avant que le ministère public termine sa preuve,
- (2) immédiatement après que le ministère public a terminé sa preuve mais avant que la défense choisisse de produire une preuve (habituellement, c'est le moment où la défense demande un verdict imposé d'acquiescement pour le motif que le ministère public n'a pas établi l'existence d'un élément essentiel quelconque de sa preuve), et
- (3) après que la défense a commencé à répondre à la preuve présentée contre elle en révélant si elle va citer ou non des témoins.

Lors de la première étape, avant que le ministère public ait terminé sa preuve, le juge du procès jouit d'une grande latitude dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de permettre au ministère public de citer de nouveau un témoin pour qu'il corrige son témoignage antérieur. Tout préjudice causé à l'accusé peut généralement être réparé à ce premier stade par un ajournement, le contre-interrogatoire du témoin cité de nouveau et d'autres témoins à charge, et un examen du dossier par le juge du procès afin de déterminer si certaines parties devraient être retranchées, ou l'une ou l'autre de ces possibilités.

Lorsque le ministère public termine réellement sa preuve et qu'on arrive à la deuxième étape de l'instance, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'autoriser une réouverture de la preuve diminue et le fardeau correspondant qu'a le ministère public de convaincre la cour qu'il n'y aura pas de conséquences inévitables s'alourdit. Le critère

is to be permitted to correct some oversight or inadvertent omission by the Crown in the presentation of its case, provided of course that justice requires it and there will be no prejudice to the defence.

Lastly, in the third phase after the Crown has closed its case and the defence has started to answer the case against it (or, as in much of the case law, the defence has actually closed its case), a court's discretion is very restricted and is far less likely to be exercised in favour of the Crown. It will only be in the narrowest of circumstances that the Crown will be permitted to reopen its case. Traditionally, an *ex improviso* limitation was said to apply to this stage of the proceeding; that is, the Crown was only allowed to reopen if some matter arose which no human ingenuity could have foreseen. At this late stage, the question of what "justice" requires will be directed much more to protecting the interests of the accused than to serving the often wider societal interests represented by the Crown, the latter being a more pressing consideration at the first and, to a lesser extent, the second phase.

The classic Canadian authority which drew this temporal distinction in the principles which were to govern reopening was *R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (B.C.C.A.). There, the Crown inadvertently omitted to prove a proclamation bringing into force the statute constituting the offence. At the close of the Crown's case, the defence moved for a directed verdict. The trial judge dismissed the motion and allowed the Crown to reopen its case to allow the proclamation to be proved. No evidence was called by the defence and the jury found the accused guilty.

que doit appliquer le juge du procès est généralement considéré comme celui selon lequel on doit permettre de rouvrir la preuve pour remédier à un oubli ou à une omission par inadvertance du ministère public dans la présentation de sa preuve, pourvu naturellement que la justice l'exige et que la défense ne soit pas lésée.

Finale-  
ment, lors de la troisième étape, après que le ministère public a terminé sa preuve et que la défense a commencé à y répondre (ou, comme dans une bonne partie de la jurisprudence, lorsque la défense a, en fait, terminé sa preuve), le pouvoir discrétionnaire d'une cour est très limité et il est beaucoup moins susceptible d'être exercé en faveur du ministère public. C'est seulement dans des circonstances très particulières que le ministère public sera autorisé à rouvrir sa preuve. Traditionnellement, on disait qu'une exception du fait qui survient à l'improviste s'appliquait à ce stade des procédures, c'est-à-dire que le ministère public n'était autorisé à rouvrir sa preuve que s'il survenait un fait qu'aucun esprit humain n'aurait pu prévoir. À ce dernier stade, la question de savoir ce que la «justice» exige sera beaucoup plus axée sur la protection des intérêts de l'accusé que sur la promotion des intérêts sociaux souvent plus larges que représente le ministère public, cette dernière considération étant plus importante lors de la première et, dans une certaine mesure, de la deuxième phase.

Au Canada, l'arrêt *R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (C.A.C.-B.) constitue le précédent classique qui a établi cette distinction de nature temporelle relativement aux principes qui devaient régir la réouverture de la preuve. Dans cette affaire, le ministère public a, par inadvertance, omis d'établir l'existence d'une proclamation d'entrée en vigueur de la loi qui créait l'infraction. À la fin de la présentation de la preuve du ministère public, la défense a demandé un verdict imposé. Le juge du procès a rejeté la requête et il a autorisé le ministère public à rouvrir sa preuve pour permettre d'établir l'existence de la proclamation. La défense n'a présenté aucun élément de preuve et le jury a déclaré l'accusé coupable.



The majority of the Court of Appeal in *Kishen Singh* refused to interfere with the trial judge's exercise of discretion and dismissed the appeal on the ground that the accused had suffered no prejudice. Macdonald C.J.B.C., however, insisted that the decision should be confined to the facts before the court, noting that the case did not deal with an application to reopen after the conclusion of the whole case or after the defence was closed. In his concurring judgment, Sloan J.A. explained at p. 251:

That discretion [to reopen] when exercised before the accused has entered upon his defence is subject to the limitation that its exercise must be in the interests of justice and the accused be not prejudiced thereby. When at a later stage of the case, that is to say, after the defence has given its evidence, then as was held by this Court in *R. v. Marsh*, [1941] 1 D.L.R. 431 . . ., following *R. v. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168, the discretion ought not to be exercised except in a case where some matter arises *ex improviso* which no human ingenuity could have foreseen.

While the strict *ex improviso* limitation imposed on reopening after the defence had closed its case may, as such, no longer apply (see *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728), I view it to be self-evident that a court's discretion to permit the Crown's case to be reopened where an accused has started to meet the case against him or her must be severely curtailed.

While I do not propose to provide an exhaustive review of the jurisprudence in the area, I believe that the authorities on reopening show clearly that courts have always attached great significance to the stage reached in the proceeding, drawing a particularly sharp distinction between the point at which the Crown has closed its case and the defence has simply moved for a directed verdict (the second phase described above), and the point at which the defence has closed its case (the third phase). A few examples serve to illustrate this point.

La Cour d'appel, à la majorité, dans l'arrêt *Kishen Singh* a refusé de modifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et a rejeté l'appel pour le motif que l'accusé n'avait subi aucun préjudice. Toutefois, le juge en chef Macdonald de la Colombie-Britannique a affirmé que la décision devait être limitée aux faits soumis à la cour, soulignant qu'il n'était pas question d'une demande de réouverture après la conclusion de toute l'affaire ou après la clôture de la preuve de la défense. Dans ses motifs concordants, le juge Sloan explique, à la p. 251:

[TRADUCTION] Ce pouvoir discrétionnaire [de rouvrir la preuve], lorsqu'il est exercé avant que l'accusé n'ait entamé sa défense, est assujéti à la restriction que son exercice soit dans l'intérêt de la justice et ne lèse pas l'accusé. À une étape ultérieure de l'affaire, c.-à-d., après la présentation de la preuve de la défense, alors comme notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *R. c. Marsh*, [1941] 1 D.L.R. 431 [. . .], qui a suivi l'arrêt *R. c. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168, le pouvoir discrétionnaire ne devrait pas être exercé sauf dans le cas où un fait, qu'aucun esprit humain n'aurait pu prévoir, survient à l'improviste.

Bien qu'il se puisse que l'exception stricte du fait qui survient à l'improviste, applicable à la réouverture de la preuve après que la défense a terminé sa preuve, ne s'applique plus comme telle (voir *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728), je considère qu'il est évident en soi que le pouvoir discrétionnaire qu'a un tribunal d'autoriser le ministère public à rouvrir sa preuve lorsqu'un accusé a commencé à répondre à la preuve présentée contre lui doit être sensiblement restreint.

Bien que je ne compte pas procéder à un examen approfondi de la jurisprudence en la matière, je crois que les précédents sur la réouverture de la preuve démontrent clairement que les tribunaux ont toujours accordé une grande importance à l'étape où sont rendues les procédures, établissant une distinction particulièrement nette entre le moment où le ministère public a terminé sa preuve et où la défense a simplement demandé un verdict imposé (la deuxième étape décrite précédemment), et celui où la défense a terminé sa preuve (la troisième étape). Quelques exemples servent à illustrer ce point.

In *R. v. Cachia* (1974), 17 C.C.C. (2d) 173 (Ont. H.C.), the accused was charged with resisting a peace officer on July 24. In giving their evidence in chief, the Crown witnesses related the incident to July 23. After the Crown closed its case, the defence moved for dismissal. The trial judge allowed the Crown witnesses to be recalled and to correct their error as to the date. The accused was convicted. In dismissing the appeal, Grant J. applied the rule that, when the Crown at the conclusion of its case has inadvertently failed to prove a necessary ingredient of the offence charged, a court has the discretion, so long as justice requires it, to permit the case to be reopened to enable the Crown to supply the necessary proof. In *obiter*, however, Grant J. twice underlined the fact that his conclusion would be different if the defence had elected to call no evidence, closed its case and then moved for a dismissal of the charge (at p. 175).

The significance of the *caveat* in *Cachia* becomes clearer when one considers *R. v. Dunn*, [1970] 3 C.C.C. 424 (B.C.S.C.), which also involved a mistake as to dates. In that case, the information alleged that the offence of failing to remain at the scene of an accident had occurred “on or about the 16th day of March”. However, the Crown asked two of its witnesses to relay what had happened on the “16th of May”, and the witnesses, not noticing the Crown’s mistake, related the events of March 16. After the Crown closed its case, the accused elected not to call any evidence and moved for a dismissal of the charge on the ground of insufficient evidence to support a conviction for the offence alleged. The magistrate, however, granted leave to the Crown to reopen its case and recall the two witnesses (both of whom had been in the courtroom and heard the argument as to dates) to correct the mistake. The defendant was convicted. In quashing the conviction on the basis that the magistrate had erred in law in per-

Dans l’affaire *R. c. Cachia* (1974), 17 C.C.C. (2d) 173 (H.C. Ont.), on reprochait à l’accusé d’avoir résisté à un agent de la paix le 24 juillet. Au cours de leur témoignage en interrogatoire principal, les témoins à charge ont associé l’incident au 23 juillet. Après que le ministère public eut terminé sa preuve, la défense a demandé le rejet de l’action. Le juge du procès a permis au ministère public de citer de nouveau ses témoins pour qu’ils corrigent leur erreur quant à la date. L’accusé a été déclaré coupable. Lorsqu’il a rejeté l’appel, le juge Grant a appliqué la règle voulant que, lorsqu’à la conclusion de sa preuve le ministère public a omis par inadvertance d’établir l’existence d’un élément nécessaire de l’infraction reprochée, il soit loisible au tribunal, dans la mesure où la justice l’exige, d’autoriser la réouverture de la preuve pour permettre au ministère public de fournir les éléments de preuve nécessaires. Toutefois, dans une opinion incidente, le juge Grant a souligné à deux reprises que sa conclusion serait différente si la défense avait choisi de ne produire aucun élément de preuve, si elle avait terminé sa preuve et avait alors demandé un rejet de l’accusation (à la p. 175).

L’importance de la réserve exprimée dans la décision *Cachia* devient plus évidente lorsqu’on examine la décision *R. c. Dunn*, [1970] 3 C.C.C. 424 (C.S.C.-B.), où il était également question d’une erreur de dates. Dans cette affaire, la dénonciation précisait que l’infraction consistant à ne pas être resté sur les lieux d’un accident avait été commise [TRADUCTION] «le 16 mars ou vers cette date». Toutefois, le ministère public a demandé à deux de ses témoins de raconter ce qui s’était produit le «16 mai» et les témoins qui n’ont pas remarqué l’erreur du ministère public ont relaté les événements du 16 mars. Après que le ministère public eut terminé la présentation de sa preuve, l’accusé a choisi de ne pas produire de preuve et a demandé le rejet de l’accusation pour cause de preuve insuffisante pour justifier une déclaration de culpabilité relative à l’infraction reprochée. Le juge a cependant autorisé le ministère public à rouvrir sa preuve et à citer de nouveau les deux témoins (qui avaient tous deux été présents dans la salle d’audience et avaient entendus l’argumentation relative aux dates) pour corriger l’erreur. Le

mitting the Crown to reopen, Munroe J. stated (at pp. 425-26):

It is settled law . . . that a Court has a discretion — which must be exercised judicially — to allow the Crown to reopen its case in appropriate circumstances and that such discretion ought to be exercised in favour of the Crown where, through inadvertence, the Crown has failed to prove an essential ingredient of the crime charged, provided that justice requires it and that there will be no prejudice to the defence . . . , but no authority was cited to me, and I know of none, which supports the proposition that after the Crown has called evidence to prove that the crime alleged in the information occurred on a certain date, it should be allowed, after the defence has closed its case and made a submission, to reopen its case for the purpose of recalling a witness to change his testimony upon a vital point. [Emphasis added.]

Notwithstanding the importance which has historically attached to the stage reached in the trial proceeding and the fact that a court's discretion to permit the Crown's case to be reopened is highly restricted once the defence starts to answer the case against it, it is true that the strict *ex improviso* rule is no longer applied in Canada. However, the circumstances in which the Crown may be allowed to reopen at this stage are very narrow. The two most common examples are where

- (1) the conduct of the defence has either directly or indirectly contributed to the Crown's failure to adduce certain evidence before closing its case: *R. v. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273 (B.C.C.A.); *Crawford v. The Queen* (1984), 43 C.R. (3d) 80 (Ont. Co. Ct.); and
- (2) the Crown's omission or mistake was over a non-controversial issue to do with purely formal procedural or technical matters, having nothing to do with the substance or merits of a case: *Kissick v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 343; *Robillard, supra*; *Champagne, supra*; *R. v.*

défendeur a été déclaré coupable. En annulant la déclaration de culpabilité pour le motif que le juge avait commis une erreur de droit en permettant au ministère public de rouvrir sa preuve, le juge Munroe affirme, aux pp. 425 et 426:

[TRADUCTION] Il est bien établi en droit [. . .] qu'un tribunal a le pouvoir discrétionnaire — qui doit être exercé judiciairement — de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve dans les circonstances appropriées et qu'un tel pouvoir discrétionnaire devrait être exercé en faveur du ministère public lorsque celui-ci a omis par inadvertance d'établir l'existence d'un élément essentiel du crime reproché, pourvu que la justice l'exige et que la défense ne soit pas lésée [. . .], mais on ne m'a cité aucun précédent, et je n'en connais aucun, qui appuie la proposition selon laquelle il devrait être permis au ministère public, après qu'il a produit une preuve pour établir que le crime allégué dans la dénonciation s'est produit à une certaine date et après la clôture de la preuve et la plaidoirie de la défense, de rouvrir sa preuve pour citer de nouveau un témoin pour qu'il change son témoignage sur un point fondamental. [Je souligne.]

Nonobstant l'importance qui, historiquement, a été attachée à l'étape où est rendu le procès et le fait que le pouvoir discrétionnaire qu'a un tribunal d'autoriser le ministère public à rouvrir sa preuve est fort restreint lorsque la défense commence à répondre à la preuve présentée contre elle, il est vrai que la règle stricte du fait qui survient à l'improviste ne s'applique plus désormais au Canada. Toutefois, les circonstances dans lesquelles le ministère public peut être autorisé à rouvrir sa preuve à cette étape sont très limitées. Les deux exemples les plus courants sont:

- (1) lorsque la conduite de la défense a directement ou indirectement contribué à l'omission du ministère public de présenter certains éléments de preuve avant de terminer sa preuve: *R. c. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273 (C.A.C.-B.); *Crawford c. The Queen* (1984), 43 C.R. (3d) 80 (C. cté Ont.), et
- (2) lorsque l'omission ou l'erreur du ministère public portait sur un point non controversé relatif à des questions purement procédurales ou techniques, qui n'a rien à voir avec la substance ou le fond d'une affaire: *Kissick c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 343; *Robillard, précité*;

*Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386 (Ont. C.A.); *R. v. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94 (B.C.C.A.).

*Champagne*, précité; *R. c. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386 (C.A. Ont.); *R. c. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94 (C.A.C.-B.).

While I do not propose to review each one of the cases cited in support of the above two propositions, a few of the cases are worth considering.

For instance, *R. v. Huluszkiw, supra*, is helpful in illustrating the distinction between a matter of form and substance. There, the accused was charged with a prostitution-related offence for which the *Criminal Code* imposed a corroboration requirement. A witness gave corroborating evidence at the preliminary inquiry, but died before the trial. The Crown, which sought to adduce at the trial the depositions taken at the preliminary inquiry, neglected to prove that the evidence of the deceased witness had been taken in the presence of the accused. The Crown's application to reopen its case was dismissed by the trial judge on the basis that the defence had closed its case. The Court of Appeal, however, reversed the trial judge's ruling and allowed the Crown to reopen its case before it in order to adduce the necessary evidence. McLennan J.A. justified the court's decision on the ground that (at p. 390):

It would be unfortunate if the ends of justice were defeated by the inadvertence of counsel in failing to prove what is essentially a matter of form in relation to procedure and provided always that the calling of further evidence, whatever its character, is for an honest purpose and that there are no unfair consequences to the opposite party so far as the presentation of that case is concerned. [Emphasis added.]

He distinguished the case before him from that of *R. v. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168, where the English Court of Appeal found the trial judge erred in permitting the Crown in a forgery case to call evidence of handwriting experts after the defence had closed its case. McLennan J.A. observed at pp. 389-90 that, in *Day*, the evidence "went to the very justice of the case":

a Bien que je ne compte pas étudier chacun des arrêts cités à l'appui des deux propositions susmentionnées, il convient d'en examiner quelques-uns.

b Par exemple, l'arrêt *R. c. Huluszkiw*, précité, sert à illustrer la distinction qui existe entre une question de forme et une question de fond. Dans cette affaire, l'inculpé a été accusé d'une infraction en matière de prostitution pour laquelle le *Code criminel* prescrivait la corroboration. Une personne a fait un témoignage corroborant à l'enquête préliminaire, mais elle est décédée avant le procès. Le ministère public, qui cherchait à présenter au procès les dépositions recueillies à l'enquête préliminaire, a négligé d'établir que la déposition du témoin décédé avait été faite en présence de l'accusé. La demande du ministère public en vue de rouvrir sa preuve a été rejetée par le juge du procès pour le motif que la défense avait terminé sa preuve. Toutefois, la Cour d'appel a infirmé la décision du juge du procès et a autorisé le ministère public à rouvrir sa preuve de manière à présenter les éléments de preuve nécessaires. Le juge McLennan justifie la décision de la cour de la manière suivante, à la p. 390:

[TRADUCTION] Il serait regrettable que les fins de la justice soient contrecarrées parce qu'un avocat a omis par inadvertance ce qui constitue essentiellement une formalité, à condition toujours que la présentation d'une preuve supplémentaire, quelle qu'en soit la nature, soit faite de bonne foi et qu'il n'en résulte aucune conséquence injuste pour la partie adverse. [Je souligne.]

Il a établi une distinction entre l'affaire dont il était saisi et l'arrêt *R. c. Day* (1940), 27 Cr. App. R. 168, dans lequel la Cour d'appel de l'Angleterre a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en permettant au ministère public, dans une affaire de faux, de citer des graphologues après que la défense eut terminé sa preuve. Le juge McLennan a fait remarquer, aux pp. 389 et 390, que, dans l'arrêt *Day*, la preuve [TRADUCTION] «touchait à l'équité même du procès»:

... the defence might have been presented in a different manner by calling more witnesses or fewer witnesses than were actually called or none at all, had the evidence given after the defence had closed its case been put in, as it ought to have been, as part of the Crown's case in chief.

McLennan J.A. concluded that the defence was not and could not be prejudiced by allowing the Crown to reopen its case to provide the formal proof that the accused was indeed present at the preliminary inquiry when the deceased witness testified.

In *Robillard, supra*, a decision by this Court, there was a similar absence of formal proof in the Crown's case. An accomplice to an armed robbery identified the accused at the preliminary inquiry as one of the robbers, but refused to testify at trial. After being permitted to read to the jury the evidence previously given by the accomplice, the Crown closed its case. The defence then declared that it had no witnesses to offer and, after the Crown had addressed the jury, argued that the accused had not been properly identified at the trial as the same person referred to in the accomplice's testimony. The trial judge's decision to allow the Crown to reopen its case at this late stage was upheld by a majority of the Quebec Court of Appeal.

In dismissing the appeal, Pigeon J. rejected for this Court the strict *ex improviso* rule that had previously been applied in cases where the Crown applied to reopen after the defence closed its case. He suggested that a trial judge has a wide discretion to allow a reopening in order to rectify an inadvertent omission, and that an appeal court should only interfere in a trial judge's exercise of discretion if it is shown that an injustice has resulted or there was some prejudice to the accused.

In my opinion, *Robillard* should be limited to its facts. That is, I do not view *Robillard* as having eliminated, in all cases, the traditional and sound

[TRADUCTION] ... la défense aurait pu être présentée d'une manière différente en citant plus ou moins de témoins que ceux qui ont été cités, ou en n'en citant aucun, si le témoignage fait après que la défense eut terminé sa preuve avait fait partie, comme cela aurait dû être le cas, de la preuve principale du ministère public.

Le juge McLennan a conclu que la défense n'a pas été lésée et ne pouvait l'être par l'autorisation de la réouverture de la preuve du ministère public aux fins d'établir formellement que l'accusé était vraiment présent à l'enquête préliminaire quand le témoin décédé a témoigné.

Dans l'arrêt *Robillard*, précité, de notre Cour, il y avait une absence semblable de preuve formelle dans la thèse du ministère public. Un complice d'un vol à main armée a identifié l'accusé à l'enquête préliminaire comme étant l'un des voleurs, mais il a refusé de témoigner au procès. Après avoir reçu l'autorisation de lire au jury la déposition antérieure du complice, le ministère public a terminé sa preuve. La défense a alors déclaré qu'elle n'avait pas de témoins à faire comparaître et a soutenu, après que le ministère public se fut adressé au jury, que l'accusé n'avait pas été identifié correctement au procès comme étant la même personne que celle mentionnée dans le témoignage du complice. La décision du juge du procès de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve à ce stade avancé a été confirmée par la Cour d'appel du Québec, à la majorité.

En rejetant l'appel, le juge Pigeon a écarté au nom de notre Cour la règle stricte du fait qui survient à l'improviste qui avait déjà été appliquée dans des affaires où le ministère public avait demandé la réouverture de sa preuve après la clôture de la preuve de la défense. Il a affirmé que le juge du procès a un large pouvoir discrétionnaire de permettre la réouverture afin de rectifier une omission par inadvertance et qu'un tribunal d'appel ne devrait s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire que s'il est démontré qu'une injustice a été causée ou que l'accusé a été lésé de quelque façon.

Selon moi, l'arrêt *Robillard* devrait être limité à ses propres faits. Autrement dit, je ne considère pas que l'arrêt *Robillard* a éliminé, dans tous les

distinction made by courts between the broad discretion which exists before and immediately after the Crown closes its case and the very narrow discretion available after the defence begins to answer the case against it. Rather, *Robillard* should be construed narrowly, as a case dealing with a mistake as to form rather than substance. Given the underlying reasons for making this differentiation based on the phase reached in a trial, which I believe are grounded in the principle that an accused must not be conscripted against himself, the temporal distinction is an important one which must be retained.

*The Rationale Behind Limiting Reopening of the Crown's Case Once the Defence Starts to "Meet the Case" Against It*

While courts have often been at pains to distinguish between the reopening principles which should govern a trial judge's exercise of discretion in earlier versus later phases of a trial, clearly viewing reopening after the defence has made an election and/or closed its case as more prone to creating injustice than reopening at the earlier directed verdict stage, few have been explicit about the reasons for the difference.

The closest a court seems to have come to providing a justification for the distinction is in the English Court of Appeal decision in *R. v. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1. The Crown in that case applied for leave to reopen not at the close of the defence's case but midway through it (a situation more closely analogous to the one in the case at bar). The Crown wished to call an additional witness who had been available to the prosecution from the outset, but whose importance had been overlooked in a long and complicated case. The Lord Chief Justice held that the trial judge had

cas, la distinction traditionnelle et bien fondée que les tribunaux font entre le pouvoir discrétionnaire général qui existe avant et immédiatement après la clôture de la preuve du ministère public et le pouvoir discrétionnaire très limité qui peut être exercé après que la défense commence à répondre à la preuve présentée contre elle. L'arrêt *Robillard* devrait plutôt être interprété restrictivement comme une affaire qui porte sur une erreur de forme et non de fond. Compte tenu des motifs sous-jacents à l'établissement d'une telle distinction fondée sur l'étape où est rendu le procès, qui, à mon avis, reposent sur le principe qu'un accusé ne doit pas être mobilisé contre lui-même, la distinction de nature temporelle est importante et doit être maintenue.

*Le raisonnement qui sous-tend la restriction de la réouverture de la preuve du ministère public lorsque la défense commence à «répondre à la preuve» présentée contre elle*

Bien que les tribunaux aient souvent eu de la difficulté à établir une distinction entre les principes de réouverture de la preuve qui devraient régir l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du juge du procès pendant les premières phases d'un procès par opposition aux phases subséquentes, considérant nettement que la réouverture après que la défense a fait son choix ou terminé sa preuve est plus susceptible de causer une injustice que la réouverture au premier stade du verdict imposé, peu d'entre eux ont été explicites sur les raisons de cette différence.

C'est dans l'arrêt de la Cour d'appel de l'Angleterre *R. c. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1, qu'un tribunal semble être venu le plus près de justifier la distinction. Dans cette affaire, le ministère public a demandé l'autorisation de rouvrir sa preuve non pas à la clôture de la preuve de la défense mais au milieu de celle-ci (une situation qui ressemble davantage à celle dont il est question en l'espèce). Le ministère public voulait citer un témoin supplémentaire qui était à la disposition de la poursuite depuis le début, mais dont on avait ignoré l'importance dans une affaire longue et compliquée. Le lord juge en chef a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en permettant au minis-

erred in allowing the Crown to reopen its case. He stated at pp. 5-6:

The rule that the prosecution must finish their case once and for all before the defence starts is a very important and salutary rule. It means that the defence does not have to meet the case until it has seen the whole case. . . . We do not say that in cases like the present where the matter has not arisen *ex improviso* the judge had no kind of discretion at all, but we are firmly of [the] opinion that in cases where the matter does not arise *ex improviso* the judge's discretion should not be exercised to allow the late introduction of an additional witness called for the prosecution whose evidence was available before the case for the prosecution closed. One must have sympathy with overworked prosecution solicitors in long cases of this kind, but it seems to me in the interests of finality and in the interests of fairness to the defence one must take a strict line not to let in prosecution evidence coming in late in the proceedings if it is outside the *ex improviso* rule. [Emphasis added.]

What I propose to do in this section is elaborate on the points touched on in this passage by the Lord Chief Justice.

Perhaps the single most important organizing principle in criminal law is the right of an accused not to be forced into assisting in his or her own prosecution: M. Hor, "The Privilege against Self-Incrimination and Fairness to the Accused", [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35, at p. 35; P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1988), at para. 1:10100. This means, in effect, that an accused is under no obligation to respond until the state has succeeded in making out a *prima facie* case against him or her. In other words, until the Crown establishes that there is a "case to meet", an accused is not compellable in a general sense (as opposed to the narrow, testimonial sense) and need not answer the allegations against him or her.

The broad protection afforded to accused persons is perhaps best described in terms of the overarching principle against self-incrimination, which is firmly rooted in the common law and is a fundamental principle of justice under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. As a major-

rière public de rouvrir sa preuve. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 5 et 6:

[TRADUCTION] La règle selon laquelle la poursuite doit terminer sa preuve une fois pour toutes avant le début de la défense est une règle très importante et salutaire. Elle signifie que la défense n'aura pas à répondre à la preuve avant de l'avoir vue en entier. [ . . . ] Nous ne disons pas que, dans des cas comme celui-ci où la question n'a pas été soulevée à l'improviste, le juge n'a aucune discrétion, mais nous croyons fermement que, dans les cas où la question n'est pas soulevée à l'improviste, le juge ne doit pas exercer son pouvoir discrétionnaire pour permettre à la poursuite de présenter tardivement un témoin qui aurait pu être cité avant la clôture de sa preuve. Il faut avoir de la sympathie pour les avocats de la poursuite qui sont débordés de travail dans des longues affaires de ce genre, mais il me semble que pour assurer le caractère définitif des décisions et par souci d'équité envers la défense, il faut avoir pour politique stricte de ne pas admettre des éléments de preuve de la poursuite à un stade avancé des procédures s'ils ne relèvent pas de la règle du fait qui survient à l'improviste. [Je souligne.]

Dans la présente section, je compte expliquer les détails des points soulevés par le lord juge en chef.

Le principe directeur qui est sans doute le plus important en droit criminel est le droit de l'accusé de ne pas être contraint de prêter son concours aux poursuites intentées contre lui: M. Hor, «The Privilege against Self-Incrimination and Fairness to the Accused», [1993] *Singapore J. Legal Stud.* 35, à la p. 35; P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 1988), au par. 1:10100. Cela signifie en effet qu'un accusé n'est pas tenu de répondre tant que l'État n'a pas réussi à établir une preuve *prima facie* contre lui. En d'autres termes, tant que le ministère public ne présente pas une «preuve complète», l'accusé n'est pas contraignable au sens général (par opposition au sens testimonial restreint) et il n'a pas à répondre aux allégations présentées contre lui.

La protection générale accordée à un accusé est sans doute mieux décrite par le principe général interdisant l'auto-incrimination qui est fermement enraciné dans la common law et qui constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

ity of this Court suggested in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, the presumption of innocence and the power imbalance between the state and the individual are at the root of this principle and the procedural and evidentiary protections to which it gives rise.

Before trial, the criminal law seeks to protect an accused from being conscripted against him- or herself by the confession rule, the right to remain silent in the face of state interrogation into suspected criminal conduct, and the absence of a duty of disclosure on the defence: *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151. With respect to disclosure, the defence in Canada is under no legal obligation to cooperate with or assist the Crown by announcing any special defence, such as an alibi, or by producing documentary or physical evidence. In *obiter*, this Court suggested in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at p. 333, that

The suggestion that the duty [of disclosure] should be reciprocal may deserve consideration by this Court in the future but is not a valid reason for absolving the Crown of its duty. The contrary contention fails to take account of the fundamental difference in the respective roles of the prosecution and the defence. . . .

I would add that the fruits of the investigation which are in the possession of counsel for the Crown are not the property of the Crown for use in securing a conviction but the property of the public to be used to ensure that justice is done. In contrast, the defence has no obligation to assist the prosecution and is entitled to assume a purely adversarial role toward the prosecution. The absence of a duty to disclose can, therefore, be justified as being consistent with this role. [Emphasis added.]

However, it should be borne in mind that this protection against disclosure is not an absolute one. For example, failure to disclose an alibi defence in a timely manner may affect the weight given to the defence: E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. 1987), at para. 16:8070; McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, *supra*, at paras. 28:10711-10712.

Comme l'a proposé notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, la présomption d'innocence et l'inégalité du rapport de force entre l'État et le particulier sont à la base de ce principe et des protections en matière de procédure et de preuve qui en découlent.

Avant le procès, le droit criminel cherche à empêcher que l'accusé soit mobilisé contre lui-même grâce à la règle des confessions, au droit de garder le silence dans le cadre d'un interrogatoire de l'État sur une conduite criminelle dont on soupçonne l'existence et à l'absence d'une obligation de divulguer de la part de la défense: *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Pour ce qui est de la divulgation, la défense au Canada n'est pas légalement tenue de collaborer avec le ministère public ou de l'aider en annonçant le recours à un moyen de défense spécial, comme un alibi, ou en produisant une preuve documentaire ou matérielle. Notre Cour a affirmé dans une opinion incidente contenue dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, à la p. 333:

L'assertion que cette obligation devrait être réciproque peut mériter que notre Cour s'y arrête à une autre occasion, mais ne constitue pas un motif valable de libérer le ministère public de son obligation. L'argument contraire ne tient pas compte de la différence fondamentale entre les rôles respectifs de la poursuite et de la défense . . .

J'ajouterais que les fruits de l'enquête qui se trouvent en la possession du substitut du procureur général n'appartiennent pas au ministère public pour qu'il s'en serve afin d'obtenir une déclaration de culpabilité, mais sont plutôt la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue. La défense, par contre, n'est nullement tenue d'aider la poursuite et il lui est loisible de jouer purement et simplement un rôle d'adversaire à l'égard de cette dernière. L'absence d'une obligation de divulguer peut donc se justifier comme étant compatible avec ce rôle. [Je souligne.]

Toutefois, il faut garder à l'esprit que cette protection contre la divulgation n'est pas absolue. Par exemple, l'omission de communiquer promptement un alibi peut avoir un effet sur l'importance de ce moyen de défense: E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1987), au par. 16:8070; McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, *op. cit.*, aux par. 28:10711 et 28:10712.



At trial, accused persons continue to be protected by a right to silence. Specifically, they cannot be compelled to testify, and they have a right not to have their testimony used against them in future proceedings. These protections against testimonial compulsion of the accused have been constitutionalized in s. 11(c) (right of the accused not to be compelled to testify) and s. 13 (right of witness not to have his or her testimony from one proceeding used to incriminate him or her in a subsequent proceeding) of the *Charter*. As this Court observed in *Dubois, supra*, at p. 357, when combined with s. 11(d) (presumption of innocence), ss. 11(c) and 13 of the *Charter* protect the basic tenet of justice that the Crown must establish a "case to meet" before there can be any expectation that the accused should respond.

All of these protections, which emanate from the broad principle against self-incrimination, recognize that it is up to the state, with its greater resources, to investigate and prove its own case, and that the individual should not be conscripted into helping the state fulfil this task. Once, however, the Crown discharges its obligation to present a *prima facie* case, such that it cannot be non-suited by a motion for a directed verdict of acquittal, the accused can legitimately be expected to respond, whether by testifying him or herself or calling other evidence, and failure to do so may serve as the basis for drawing adverse inferences: *Dubois, supra*, at pp. 357-58; D. M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), at p. 495. In other words, once there is a "case to meet" which, if believed, would result in conviction, the accused can no longer remain a passive participant in the prosecutorial process and becomes — in a broad sense — compellable. That is, the accused must answer the case against him or her, or face the possibility of conviction.

What is so objectionable about allowing the Crown's case to be reopened after the defence has started to meet that case is that it jeopardizes, indi-

Au procès, les accusés continuent d'être protégés par le droit au silence. Plus précisément, ils ne peuvent être contraints de témoigner et ils ont droit à ce que leurs témoignages ne soient pas utilisés contre eux dans des procédures à venir. Ces protections contre la contrainte de l'accusé à témoigner ont été constitutionnalisées à l'al. 11c) (droit de l'accusé de ne pas être contraint de témoigner) et à l'art. 13 (droit du témoin à ce que son témoignage dans des procédures ne soit pas utilisé pour l'incriminer dans des procédures subséquentes) de la *Charte*. Comme notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Dubois*, précité, à la p. 357, lorsqu'ils sont conjugués à l'al. 11d) (présomption d'innocence), l'al. 11c) et l'art. 13 de la *Charte* protègent le précepte fondamental de justice selon lequel le ministère public doit avoir présenté une «preuve complète» pour qu'on puisse s'attendre à une réaction de la part de l'accusé.

Toutes ces protections qui découlent du principe général interdisant l'auto-incrimination reconnaissent qu'il incombe à l'État, qui dispose de plus de ressources, d'enquêter et de prouver ses allégations, et que le particulier ne devrait pas être contraint d'aider l'État à remplir cette tâche. Toutefois, quand le ministère public s'acquitte de son obligation de présenter une preuve *prima facie* non susceptible d'être écartée par une requête en obtention d'un verdict imposé d'acquiescement, on peut légitimement s'attendre à ce que l'accusé réagisse en témoignant lui-même ou en citant d'autres témoins, et le défaut de le faire peut justifier des conclusions contraires: *Dubois*, précité, aux pp. 357 et 358; D. M. Paciocco, *Charter Principles and Proof in Criminal Cases* (1987), à la p. 495. En d'autres termes, lorsqu'on a présenté une «preuve complète» qui, si on y ajoute foi, entraînerait une déclaration de culpabilité, l'accusé ne peut plus demeurer passif dans le processus accusatoire et devient — dans un sens large — contraignable, c'est-à-dire que l'accusé doit répondre à la preuve présentée contre lui ou courir le risque d'être déclaré coupable.

Ce qui rend si inacceptable le fait de permettre au ministère public de rouvrir sa preuve après que la défense a commencé à y répondre, c'est que cela

rectly, the principle that an accused not be conscripted against him- or herself. In *Dubois*, this Court interpreted the privilege against self-incrimination contained in s. 13 of the *Charter* as preventing the Crown from indirectly conscripting the accused to defeat himself by using his previous testimony against him — something which the Crown is directly prohibited from doing under s. 11(c) of the *Charter*. In my opinion, a similar danger is involved when the Crown seeks to reopen its case after the defence has begun to answer the case against it — that is, there is a real risk that the Crown will, based on what it has heard from the defence once it is compelled to “meet the case” against it, seek to fill in gaps or correct mistakes in the case which it had on closing and to which the defence has started to respond. To ensure that this does not in fact happen, the Crown should not, as a general rule, be permitted to reopen once the defence has started to answer the Crown’s case.

In other words, I agree with respondent’s counsel in this case that there comes a point when “enough is enough”, and a mistake or omission by the Crown must necessarily become fatal. Once the defence starts to “meet the case”, thus revealing its own case, the Crown should, except in the narrowest of circumstances, be “locked into” the case which, upon closing, it has said the defence must answer. The Crown must not be allowed in any way to change that case. To hold otherwise would be to undermine the guiding principle against self-incrimination.

It is for this very important reason that *Robillard*, *supra*, with its more generous approach to a trial judge’s discretion over reopening, even after the defence has closed its case, must be narrowly construed as applying only to situations where the Crown is seeking to reopen in order to correct a matter of form, and not generally to all situations where the defence has started to answer the case

porte atteinte indirectement au principe voulant qu’un accusé ne puisse être mobilisé contre lui-même. Dans l’arrêt *Dubois*, notre Cour a interprété le privilège de ne pas s’incriminer, contenu à l’art. 13 de la *Charte*, comme empêchant le ministère public de contraindre indirectement l’accusé de contribuer à sa propre perte en utilisant contre lui-même son témoignage antérieur — ce que l’al. 11(c) de la *Charte* interdit directement au ministère public de faire. À mon avis, il existe un danger semblable lorsque le ministère public cherche à rouvrir sa preuve après que la défense a commencé à répondre à la preuve présentée contre elle, c’est-à-dire qu’il existe un risque réel que, compte tenu de ce qu’il a entendu de la part de la défense lorsqu’elle a été contrainte de répondre à la preuve présentée contre elle, le ministère public cherche à combler les lacunes ou à corriger les erreurs dans la preuve dont il a terminé la présentation et à laquelle la défense a commencé à répondre. Afin d’assurer que cela ne se produise pas, le ministère public ne devrait pas, en règle générale, être autorisé à rouvrir sa preuve lorsque la défense a commencé à y répondre.

En d’autres termes, je suis d’accord avec l’avocat de l’intimé en l’espèce pour dire qu’il arrive un moment où «assez c’est assez» et où une erreur ou une omission du ministère public doit nécessairement devenir fatale. Lorsque la défense commence à répondre à la preuve présentée contre elle et révèle ainsi sa propre preuve, le ministère public devrait, sauf dans les circonstances les plus particulières, être limité à la preuve à laquelle il a dit, au moment de la terminer, que la défense devait répondre. Il ne devrait nullement être permis au ministère public de modifier cette preuve. Toute autre conclusion contraire minerait le principe directeur interdisant l’auto-incrimination.

C’est pour cette raison très importante que l’arrêt *Robillard*, précité, qui aborde de façon plus libérale le pouvoir discrétionnaire du juge du procès en matière de réouverture, même après la clôture de la preuve de la défense, doit être interprété restrictivement comme s’appliquant seulement aux situations où le ministère public cherche à rouvrir sa preuve pour corriger un vice de forme, et non

against it. Importantly, the Crown in *Robillard* was merely seeking to introduce non-controversial evidence which it would reasonably have been expected to introduce in order to support its case, but which it had omitted as a result of inadvertence. It was not attempting in any way to change the case which it had upon closing. I would also note that *Robillard* was decided in a pre-*Charter* era. With the entrenchment of the principle against self-incrimination in the *Charter*, it becomes necessary to ensure that the rules governing reopening are consistent with constitutional imperatives. Accordingly, any departure from the basic principle that the Crown not be allowed to reopen once an accused starts to reveal his or her defence must be assessed keeping that in mind.

I have suggested that it will only be in special circumstances that a trial judge should entertain an application by the Crown to reopen after the defence has begun answering the case against it. Two examples of such circumstances have been provided: where conduct of the defence has contributed to an omission by the Crown, or where matters of form rather than substance are involved. There may be other exceptional circumstances in which reopening will be justified. In *R. v. Nelson*, [1993] O.J. No. 1899 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), a case involving a charge of second degree murder, the Crown applied to reopen its case in order to have evidence by the only eyewitness to the murder given by commission. The Crown brought its application after the trial had been completed and at the point where the trial judge had reached a decision, but had not yet released his judgment. In dismissing the Crown's application to reopen, Goodearle J. stated as follows (at para. 31):

An application, brought in these circumstances, at this late date by the Crown should never be allowed unless the effect of such evidence is of such apparent strength as to be likely to convince the trier of fact that the ver-

pas généralement à toutes les situations où la défense a commencé à répondre à la preuve présentée contre elle. Il importe de souligner que, dans l'affaire *Robillard*, le ministère public cherchait simplement à présenter une preuve indiscutable qu'on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce qu'il présente à l'appui de sa thèse, mais qu'il avait omis de présenter par inadvertance. Il ne tentait d'aucune façon de modifier la preuve telle qu'elle était lorsqu'il en a terminé la présentation. Il convient également de souligner que l'arrêt *Robillard* a été rendu avant l'adoption de la *Charte*. Comme le principe interdisant l'auto-incrimination a été inscrit dans la *Charte*, il devient nécessaire de veiller à ce que les règles en matière de réouverture de la preuve soient conformes aux exigences constitutionnelles. Par conséquent, c'est avec cela à l'esprit qu'il faut évaluer toute dérogation au principe fondamental voulant qu'il soit interdit au ministère public de rouvrir sa preuve une fois qu'un accusé commence à faire connaître sa défense.

J'ai affirmé que ce n'est que dans des circonstances spéciales que le juge du procès devrait entendre une demande de réouverture du ministère public après que la défense a commencé à répondre à la preuve présentée contre elle. On a donné deux exemples de telles circonstances: lorsque la conduite de la défense a contribué à une omission du ministère public ou lorsqu'il s'agit de questions de forme plutôt que de fond. Il peut y avoir d'autres circonstances exceptionnelles où la réouverture de la preuve sera justifiée. Dans l'arrêt *R. c. Nelson*, [1993] O.J. No. 1899 (C. Ont. (Div. gén.)), qui porte sur une accusation de meurtre au deuxième degré, le ministère public a demandé la réouverture de sa preuve pour que la déposition du seul témoin oculaire du meurtre puisse être recueillie par commission rogatoire. Le ministère public a présenté sa demande après le procès et au moment où le juge avait pris une décision mais ne l'avait pas encore rendue. Lorsqu'il a rejeté la demande de réouverture de la preuve du ministère public, le juge Goodearle a dit (au par. 31):

[TRADUCTION] Une demande présentée par le ministère public dans de telles circonstances et à un stade aussi avancé ne devrait jamais être acceptée à moins que la force apparente de cet élément de preuve soit telle

dict it (or he) has reached, on the evidence originally adduced would be wrong and would result in a palpable injustice to the accused.

Clearly, where the interests of the accused warrant reopening the Crown's case, a trial judge should exercise his or her discretion accordingly, no matter how late in the proceeding it may be.

In summary, in order to preserve the principle against self-incrimination and ensure that accused persons are not compelled to assist in their own prosecution, the Crown should not be allowed, except in the narrowest or most exceptional of circumstances, to reopen its case once the defence has started to answer the case against it.

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

In this case, the Crown had closed its case and the defence had been granted an adjournment to deal with non-disclosure by the Crown of certain inculpatory statements made to the police. Before recessing, the defence announced that it would be calling three witnesses, one of whom would be offering alibi evidence. Upon resumption of the trial approximately five weeks later, the Crown sought leave to reopen its case in order to recall the complainant's mother to allow her to correct her testimony as to the dates of the alleged sexual assaults. The trial judge permitted the Crown to reopen its case for the purpose of recalling the mother, and then, subsequently, ruled in favour of the Crown's application to amend the dates in the indictment to make them correspond with the mother's new evidence. The cumulative effect of the reopening and the amendment was, as respondent's counsel phrased it, to "obliterate" the respondent's alibi defence.

I am satisfied that this is an appropriate case in which to interfere with the trial judge's exercise of discretion to allow the Crown to reopen its case.

qu'il est susceptible de convaincre le juge des faits que le verdict auquel il est arrivé, sur le fondement de la preuve présentée initialement serait erroné et causerait une injustice flagrante à l'accusé.

<sup>a</sup> De toute évidence, lorsque les intérêts de l'accusé justifient la réouverture de la preuve du ministère public, le juge du procès devrait exercer son pouvoir discrétionnaire en conséquence, peu importe le stade auquel sont rendues les procédures.

Somme toute, pour préserver le principe interdisant l'auto-incrimination et pour garantir que les accusés ne soient pas contraints de prêter leur concours aux poursuites intentées contre eux, le ministère public ne devrait jamais être autorisé, sauf dans les circonstances les plus limitées et les plus exceptionnelles, à rouvrir sa preuve lorsque la défense a commencé à répondre à la preuve présentée contre elle.

#### *Application à la présente affaire*

En l'espèce, le ministère public avait terminé sa preuve et la défense avait obtenu un ajournement pour traiter de la non-divulgaration par le ministère public de certaines déclarations incriminantes faites aux policiers. Avant la suspension de l'audience, la défense a annoncé qu'elle citerait trois témoins, dont l'un d'eux fournirait un alibi. À la reprise du procès environ cinq semaines plus tard, le ministère public a demandé l'autorisation de rouvrir sa preuve pour citer de nouveau la mère de la plaignante afin de lui permettre de corriger son témoignage relativement aux dates où les agressions sexuelles auraient été commises. Le juge du procès a autorisé le ministère public à rouvrir sa preuve pour citer de nouveau la mère et a, par la suite, fait droit à la demande du ministère public en vue de modifier les dates mentionnées dans l'acte d'accusation afin qu'elles correspondent au nouveau témoignage de la mère. Comme l'a dit l'avocat de l'intimé, la réouverture et la modification ont eu pour effet cumulatif d'«effacer» l'alibi de son client.

Je suis convaincu qu'il s'agit d'une affaire où il convient de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de permettre au

Not only had the defence started to “meet” the Crown’s case by declaring its intention to call evidence, but also the complainant’s mother was recalled in order to justify amending the charge. The mother’s fresh evidence had the effect of changing the case which the accused had, by announcing his intention to call evidence and particularly alibi evidence, committed himself to answering.

Reopening in this case was contrary to the interests of justice and prejudicial to the accused because it violated, indirectly, the fundamental tenet of our criminal justice system that an accused must not be conscripted against himself. To reach this conclusion, I find it neither necessary nor appropriate to interfere with the trial judge’s findings of credibility as the Court of Appeal did. In addition, it is unnecessary to consider, as the Court of Appeal did, the second ground of appeal, which is the question of whether the trial judge erred in allowing the amendment to the indictment.

## V. Disposition

Because the appropriate remedy in the circumstances would be to quash the conviction at trial and replace it with a verdict of acquittal, the appeal is dismissed on the ground that allowing the reopening of the Crown’s case was an improper exercise of the trial judge’s discretion.

The reasons of La Forest and McLachlin JJ. were delivered by

LA FOREST J. (dissenting) — I have had the advantage of reading the reasons of the Chief Justice and Justice L’Heureux-Dubé who set forth the facts and judicial history, which I adopt. The Crown sought to reopen its case for the purpose of amending the indictment. The issue of reopening and the application for amendment are so inextricably interlocked that I do not think they realistically can be dealt with separately. There can be no

ministère public de rouvrir sa preuve. Non seulement la défense avait-elle commencé à répondre à la preuve du ministère public en annonçant son intention de citer des témoins, mais encore la mère de la plaignante a été citée de nouveau pour justifier la modification de l’accusation. Le nouveau témoignage de la mère a eu pour effet de changer la preuve à laquelle l’accusé s’était engagé à répondre en annonçant son intention de citer des témoins et, en particulier, de fournir un alibi.

La réouverture de la preuve en l’espèce était contraire aux intérêts de la justice et causait un préjudice à l’accusé parce qu’elle portait atteinte indirectement au précepte fondamental de notre système de justice criminelle selon lequel un accusé ne doit pas être mobilisé contre lui-même. Pour arriver à cette conclusion, j’estime qu’il n’est ni nécessaire ni approprié de modifier, comme l’a fait la Cour d’appel, les conclusions que le juge du procès a tirées en matière de crédibilité. De plus, il est inutile d’examiner, à l’instar de la Cour d’appel, le second moyen d’appel qui est la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur en autorisant la modification de l’acte d’accusation.

## V. Dispositif

Étant donné que, dans les circonstances, le redressement approprié serait l’annulation de la déclaration de culpabilité prononcée au procès et son remplacement par un verdict d’acquiescement, le pourvoi est rejeté pour le motif que l’autorisation de la réouverture de la preuve du ministère public constituait un exercice abusif du pouvoir discrétionnaire du juge du procès.

Version française des motifs des juges La Forest et McLachlin rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident) — J’ai pris connaissance des motifs du Juge en chef et de ceux du juge L’Heureux-Dubé qui exposent les faits et l’historique des procédures judiciaires auxquels je souscris. Le ministère public a demandé à rouvrir l’enquête dans le but de modifier l’acte d’accusation. Les questions de la réouverture de l’enquête et de la demande de modification sont si intimement liées que je ne crois pas qu’elles peuvent réa-

question that the later the stage at which an application to amend an indictment is made, the greater the chance for injustice to the accused, and consequently an amendment following the closing of the Crown's case must be given very close scrutiny. But it must be remembered that the discretion of the trial judge is to be exercised in the interests of justice — which I would have thought comprised consideration of both the interests of the accused and of the public, including in the latter those of the victim. This is not a purely technical decision. As Wilson J. put it in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, at p. 40, “balance . . . must be maintained between eschewing unnecessary technicalities and the right of an accused to make full answer and defence”.

I fail to see how the interests of the accused here could be said to have been prejudiced. This is not a case like *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932, where the amendment related to the nature of the charge. Rather, the whole of the Crown's case here centred on the fact that the offence had occurred at a time when the accused resided with the parents of the complainant, the specific year being the difficult matter to pinpoint. The accused thus knew before the reopening of the case that the incident had taken place when he had resided with his niece. Indeed, he knew this from the beginning; a police officer had so informed him when he was arrested. In short, the accused knew exactly the case he had to meet from the beginning. I do not think the accused's right against self-incrimination or to silence were affected in any real sense. The case was reopened before the accused presented any evidence.

I would thus dispose of this case in the manner proposed by L'Heureux-Dubé J. Like her, I would underline the difficulty of children pinpointing the exact time of incidents which have occurred several years before, but which they are able to define in terms of other contemporaneous matters.

listement être traitées séparément. Il est incontestable que plus une demande de modification d'acte d'accusation est présentée à un stade avancé des procédures, plus l'accusé risque de subir une injustice, et qu'il faut donc examiner très attentivement toute modification postérieure à la clôture de la preuve du ministère public. Toutefois, il faut se rappeler que le juge de première instance doit exercer son pouvoir discrétionnaire dans l'intérêt de la justice — qui, selon moi, commande l'examen des droits de l'accusé et de ceux du public, y compris dans ce dernier cas ceux de la victime. Il ne s'agit pas d'une décision purement technique. Comme le juge Wilson l'a fait remarquer dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, à la p. 40: «[il y a un] équilibre à maintenir entre l'élimination d'un formalisme inutile et le droit d'un accusé de présenter une réponse et une défense pleines et entières».

Je ne vois comment on pourrait soutenir ici qu'il y a eu atteinte aux droits de l'accusé. Il ne s'agit pas d'un cas comme l'affaire *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, où la modification portait sur la nature de l'accusation. Toute la preuve du ministère public, en l'espèce, était plutôt axée sur le fait que l'infraction avait été commise à l'époque où l'accusé demeurait avec les parents de la plaignante, l'année précise étant l'élément difficile à déterminer. L'accusé savait donc avant la réouverture de l'enquête que l'incident avait eu lieu pendant qu'il habitait avec sa nièce. En fait, il le savait depuis le début, car un policier l'en avait informé au moment de son arrestation. Bref, dès le départ, l'accusé connaissait exactement la preuve à laquelle il devait répondre. Je ne crois pas qu'il y a eu réellement atteinte au droit de l'accusé de ne pas s'incriminer ou à son droit de garder le silence. L'enquête a été rouverte avant que l'accusé présente quelque élément de preuve que ce soit.

En conséquence, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge L'Heureux-Dubé. Comme elle, je souligne que les enfants ont de la difficulté à établir la date exacte d'incidents qui se sont produits plusieurs années auparavant, mais qu'ils sont capables de les situer dans le temps en se reportant à d'autres événements contemporains.

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

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin ont été rendus par

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — The respondent in this appeal has been charged with the indecent assault of his niece contrary to s. 149(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and with having sexual intercourse with her when she was under the age of 14, contrary to s. 146(1), now s. 153(1), of the *Criminal Code*. An important issue at trial concerned the dates when those alleged assaults took place. The original charge read that the accused M.B.P. had on or between January 1, 1980 and January 1, 1981 unlawfully assaulted the complainant. Pursuant to the evidence at the preliminary hearing, the Crown amended the charge to specify that the assaults were alleged to have occurred between January 1, 1982 and January 1, 1983. After the close of the Crown's case at trial, however, before the defence adduced any evidence but after having announced its reliance on an alibi defence for the above period, the Crown sought to reopen its case in order to recall the complainant's mother so she might correct her earlier testimony to reflect the actual period where the incidents were alleged to have taken place.

The question before this Court is whether it was an appropriate exercise of the trial judge's discretion to allow the Crown to reopen its case at that stage. A second intimately related question is whether the Crown should, in such circumstances, be allowed to amend the indictment to conform with the evidence entered at trial. This involves consideration of s. 601 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, the relevant parts of which read as follows:

601. ...

(2) Subject to this section, a court may, on the trial of an indictment, amend the indictment or a count therein or a particular that is furnished under section 587, to make the indictment, count or particular conform to the

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — L'intimé dans le présent pourvoi a été accusé d'avoir attenté à la pudeur de sa nièce, contrairement au par. 149(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et d'avoir eu des rapports sexuels avec elle alors qu'elle était âgée de moins de 14 ans, contrairement au par. 146(1), maintenant le par. 153(1), du *Code criminel*. Une question importante au procès concernait les dates auxquelles ces infractions auraient été commises. D'après l'accusation originale, l'accusé M.B.P. avait, entre le 1<sup>er</sup> janvier 1980 et le 1<sup>er</sup> janvier 1981, agressé illégalement la plaignante. À la suite de la preuve recueillie à l'enquête préliminaire, le ministère public a amendé l'acte d'accusation de manière à préciser que les agressions auraient été commises entre le 1<sup>er</sup> janvier 1982 et le 1<sup>er</sup> janvier 1983. Cependant, après que le ministère public eut déclaré sa preuve close au procès, avant que la défense ait présenté sa preuve, mais après qu'elle eut annoncé qu'elle fournirait un alibi pour la période susmentionnée, le ministère public a demandé à réouvrir sa preuve afin de citer de nouveau la mère de la plaignante pour qu'elle puisse corriger son témoignage antérieur de façon à indiquer la véritable période pendant laquelle les incidents auraient eu lieu.

La question dont nous sommes saisis se résume à savoir s'il ressortit au pouvoir discrétionnaire du juge du procès de permettre au ministère public de réouvrir l'enquête à ce stade. Une seconde question, intimement liée à la première, est de savoir si, dans ces circonstances, il devrait être permis au ministère public d'amender l'acte d'accusation pour le rendre conforme à la preuve faite au procès. Ceci nous amène à examiner l'art. 601 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, dont les dispositions pertinentes sont les suivantes:

601. ...

(2) Sous réserve des autres dispositions du présent article, un tribunal peut, lors du procès sur un acte d'accusation, modifier l'acte d'accusation ou un des chefs qu'il contient, ou un détail fourni en vertu de l'article

evidence, where there is a variance between the evidence and

- (a) a count in the indictment as preferred; or
- (b) a count in the indictment
  - (i) as amended; or
  - (ii) as it would have been if it had been amended in conformity with any particular that has been furnished pursuant to section 587.

(4) The court shall, in considering whether or not an amendment should be made to the indictment or a count thereof under subsection (3), consider

- (a) the matters disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry;
- (b) the evidence taken on the trial, if any;
- (c) the circumstances of the case;
- (d) whether the accused has been misled or prejudiced in his defence by any variance, error or omission mentioned in subsection (2) or (3); and
- (e) whether, having regard to the merits of the case, the proposed amendment can be made without injustice being done.

(4.1) A variance between the indictment or a count therein and the evidence taken is not material with respect to

- (a) the time when the offence is alleged to have been committed, if it is proved that the indictment was preferred within the prescribed period of limitation, if any; . . .

In order to answer these questions, a review of the evidence, as to the period when the offences are alleged to have taken place, is essential.

### The Evidence

At trial, the complainant, who was 16 years of age at the time, testified that the occurrences of sexual abuse by her uncle, the respondent, took place eight years earlier, in the summer of 1982. Although the complainant tied her testimony to a fixed year, throughout the trial of this matter the exact date of those events had proven difficult for the complainant to remember with precision.

587, afin de rendre l'acte ou le chef d'accusation ou le détail conforme à la preuve, s'il y a une divergence entre la preuve et:

- a) un chef de l'acte d'accusation tel que présenté;
- b) un chef de l'acte d'accusation:
  - (i) tel que modifié,
  - (ii) tel qu'il l'aurait été, s'il avait été modifié en conformité avec tout détail fourni aux termes de l'article 587.

(4) Le tribunal examine, en considérant si une modification devrait ou ne devrait pas être faite:

- a) les faits révélés par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire;
- b) la preuve recueillie lors du procès, s'il en est;
- c) les circonstances de l'espèce;
- d) la question de savoir si l'accusé a été induit en erreur ou lésé dans sa défense par une divergence, erreur ou omission mentionnée au paragraphe (2) ou (3); et
- e) la question de savoir si, eu égard au fond de la cause, la modification projetée peut être apportée sans qu'une injustice soit commise.

(4.1) Une divergence entre l'acte d'accusation ou l'un de ses chefs et la preuve recueillie importe peu à l'égard:

- a) du moment où l'infraction est présumée avoir été commise, s'il est prouvé que l'acte d'accusation a été présenté dans le délai prescrit, s'il en est;

Pour répondre à ces questions, il est essentiel de revoir la preuve relative à la période pendant laquelle les infractions auraient été commises.

### La preuve

Au procès, la plaignante, qui était âgée de 16 ans à l'époque, a témoigné que son oncle, l'intimé, en avait abusé sexuellement huit ans auparavant, au cours de l'été 1982. Bien que la plaignante ait parlé d'une année en particulier, tout au cours du procès elle a éprouvé de la difficulté à se rappeler exactement la date des événements en question. Même si son témoignage était compatible avec les



Although the complainant's testimony was consistent with the dates mentioned in the indictment, she pinpointed the timing of the abuse on the fact that the incidents occurred during the summer when the respondent lived with her family and, in particular, on a summer weekend when the complainant's parents went away with their van club, at which time the respondent was responsible for baby-sitting her. Based on these recollections, the complainant and her mother concluded that the incidents occurred in 1982. The complainant explained how this date was arrived at:

... I could remember that I was little and my mother had showed me pictures of myself from school years and I could remember what I looked like and I showed my mother the picture of what I looked like when it all happened and she had taken the pictures out of her photo album of when she went on the trip with the van club to Niagara Falls and the date is in the bottom of my mother's pictures and it says 1982 and the picture of me was taken in '82.

The complainant's mother testified with regard to the period when the respondent had lived with her and her family, that is, for two months during the summer of 1982. She further testified that she and her husband had taken a van trip to Rochester, New York in July 1982 and that the respondent had baby-sat her daughter. At this point, the Crown closed its case and the respondent indicated that he would be calling three witnesses, one of whom was an alibi. When the trial resumed on April 22, 1991, the Crown sought to reopen its case, which was allowed by the trial judge, and the complainant's mother was recalled. She stated that she had erred in calculating the date when the accused had lived with her family and now recalled that it was the summer of 1983 instead of 1982:

Racking my brains out trying to figure out, trying to remember when he lived here, when he lived with us. I have no rent receipts, I have nothing to prove when he lived at my house, I had to go by my memory and what my daughter could remember, so going through the pictures and trying to do my homework, I remember the yard sale, his family leaving and that he lived there then.

dates mentionnées dans l'acte d'accusation, pour situer les agressions dans le temps elle se fondait sur le fait qu'elles avaient eu lieu l'été où l'intimé vivait avec sa famille et, en particulier, une fin de semaine où les parents de la plaignante étaient partis avec leur club de fourgonnettes et où l'intimé l'avait gardée. La plaignante et sa mère ont conclu, d'après ces souvenirs, que les incidents s'étaient produits en 1982. La plaignante a expliqué comment elles en étaient arrivées à cette date:

[TRADUCTION] ... je me souvenais que j'étais petite et ma mère m'avait montré des photos de moi prises quand j'étais écolière et j'ai pu me souvenir de mon apparence à l'époque. J'ai indiqué à ma mère la photo qui me représentait telle que j'étais quand tout cela s'est passé. Elle avait tiré ces photos de l'album du voyage qu'elle avait fait à Niagara Falls avec le club de fourgonnettes. L'année indiquée au bas des photos de ma mère est 1982 et c'est l'année où a été prise ma photo.

La mère de la plaignante a témoigné relativement à la période pendant laquelle l'intimé a vécu avec elle et sa famille, c'est-à-dire pendant deux mois au cours de l'été 1982. Elle a témoigné, en outre, que son mari et elle avaient fait un voyage en fourgonnette à Rochester (New York) en juillet 1982 et que l'intimé avait gardé leur fille pendant leur absence. C'est alors que le ministère public a déclaré sa preuve close et que l'intimé a indiqué qu'il citerait trois témoins, dont l'un fournirait un alibi. Quand le procès a repris le 22 avril 1991, le ministère public a présenté une requête pour réouvrir l'enquête, qui a été accueillie par le juge du procès, et la mère de la plaignante a été citée de nouveau. Celle-ci a dit qu'elle s'était trompée quant à la date à laquelle l'accusé avait vécu avec sa famille et qu'elle se rappelait maintenant que c'était au cours de l'été 1983 et non de l'été 1982:

[TRADUCTION] Je me suis creusé les méninges pour tenter de me souvenir du moment où il vivait ici, avec nous. Je n'ai aucun reçu de loyer, rien qui prouve quand il habitait chez moi. Je devais me fier à ma mémoire et à ce dont pouvait se souvenir ma fille. Alors, en examinant les photos et en essayant de faire ce qu'il m'incombait de faire, je me souviens de la vente-débarras, du départ de sa famille et qu'il vivait là à cette époque.

Following that testimony, the Crown was allowed to amend the indictment in order that the period be changed to read January 1, 1982 to January 1, 1984.

When testifying in his own defence, the respondent confirmed that he had lived with the complainant and her family in their home for a period of one to one and a half months during the summer of 1983. He recalled the events described by the complainant's mother which had enabled her to determine the period when the respondent had lived with them. With regard to the specific incidents of abuse, the respondent said that, during that period, he barely saw the family as he worked at two jobs and was out of the house most of the time. Moreover, he did not recall having baby-sat the complainant for a weekend during his stay. However, he also testified that, at that time, he was drinking heavily and, when pressed on cross-examination, made several contradictory statements with regard to the van club weekend. To various questions, he answered that he had no recollection of the weekend because he usually went away on the weekends, that he was not there on that particular weekend and, finally, that he did not remember.

Prior to the trial, the respondent had also made a number of contradictory statements to the police in response to the accusations. In both oral and written statements, he said:

It could have happened. I had a problem with alcohol and drinking. I did a lot of stupid things when I was drunk. I'm not sure in my mind that it didn't happen. I was probably more than capable of doing it the way I was drinking back then. Obviously it did occur. I feel pretty upset. That may have been me then but it's not me now.

This happened a long time ago. I remember that period of time. I was drinking quite a bit at the time. At the time I had a problem with alcohol and back then I did a lot of stupid things when I was drunk.

It probably could have happened at that time. I don't have any recollection of it at this time.

I don't feel good about it, obviously something did happen. I was a very heavy drinker at the time.

À la suite de ce témoignage, le ministère public a été autorisé à amender l'acte d'accusation de manière à inscrire la période du 1<sup>er</sup> janvier 1982 au 1<sup>er</sup> janvier 1984.

Témoignant pour sa propre défense, l'intimé a confirmé avoir vécu avec la plaignante et sa famille pendant un mois ou un mois et demi au cours de l'été 1983. Il se souvenait des événements que la mère de la plaignante avait décrits et qui lui avaient permis de déterminer la période au cours de laquelle il avait vécu avec eux. En ce qui concerne les incidents précis d'agression sexuelle, l'intimé a dit que, pendant cette période, il voyait rarement la famille parce qu'il occupait deux emplois et n'était pas à la maison la plupart du temps. De plus, il ne se souvenait pas d'avoir gardé la plaignante pendant une fin de semaine lors de son séjour. Il a toutefois témoigné qu'il buvait beaucoup à l'époque et, sous la pression du contre-interrogatoire, il a fait plusieurs déclarations contradictoires concernant la fin de semaine du club de fourgonnettes. Il a répondu à différentes questions qu'il ne se souvenait pas de la fin de semaine en cause parce qu'il partait habituellement la fin de semaine, qu'il était ailleurs cette fin de semaine-là et, enfin, qu'il ne se souvenait pas.

Avant le procès, l'intimé avait également fait à la police, en réponse aux accusations, un certain nombre de déclarations contradictoires tant orales qu'écrites dans lesquelles il a affirmé:

[TRADUCTION] Cela a pu se produire. J'avais un problème d'alcool. Je faisais bien des bêtises quand j'étais ivre. Je ne puis dire avec certitude que cela ne s'est pas passé. Je buvais tellement à cette époque-là que j'étais probablement plus que susceptible de le faire. De toute évidence, cela a eu lieu. Ça m'afflige pas mal. J'étais peut-être comme ça dans le temps, mais je ne le suis plus maintenant.

Il y a longtemps que cela est arrivé. Je me souviens de cette période. Je buvais passablement à l'époque. J'avais un problème d'alcool et, dans le temps, je faisais bien des bêtises quand j'étais ivre.

Cela aurait probablement pu se produire à cette époque. Je ne m'en souviens pas en ce moment.

Je n'en suis pas fier. De toute évidence, il s'est passé quelque chose. Je buvais énormément à l'époque.

Analysis

In answer to the two issues this Court has to decide, which are set out in the Chief Justice's opinion and to which I referred earlier, the Chief Justice would dismiss the appeal "on the ground that allowing the reopening of the Crown's case was an improper exercise of the trial judge's discretion" (p. 589). I disagree. As to the amendment sought by the Crown in order that the indictment reflect the evidence at trial, while the Chief Justice is "not convinced that the respondent suffered any irreparable prejudice by the mere fact of the amendment to the dates specified in the indictment" (p. 566), he does not reach a determinative conclusion on this basis.

I am of the view that the amendment to the indictment was properly allowed by the trial judge, as was the reopening of the case. Neither of these procedural incidents altered the case which the accused had to answer. In the words of the Chief Justice himself, "the respondent knew what was alleged against him from the outset. He had been made aware at the time of his arrest that the relevant period during which he was alleged to have sexually assaulted the complainant was when he was living at her parents' house" (p. 567). Consequently, there could be no prejudice of any kind which the respondent suffered or could have suffered by the amendment and the reopening of the case to that end. Before dealing more specifically with these two points, it may be useful to recall the context in which these motions were sought.

The Context

These accusations relate to sexual offences against a young girl under 14 years of age by her adult uncle. At the time of the trial, the complainant was 16 years of age. The offences having occurred approximately eight years earlier, when the respondent was living in the complainant's parents' home, the complainant had difficulty pinpointing the specific dates. In this regard, as the Chief Justice notes, "courts, including this one,

Analyse

En réponse aux deux questions qui nous sont soumises, questions formulées dans les motifs du Juge en chef et auxquelles j'ai déjà fait allusion, le Juge en chef rejeterait le pourvoi «pour le motif que l'autorisation de la réouverture de la preuve du ministère public constituait un exercice abusif du pouvoir discrétionnaire du juge du procès» (p. 589). Je ne suis pas d'accord. Pour ce qui est de l'amendement requis par le ministère public afin de rendre l'acte d'accusation conforme à la preuve présentée au procès, bien qu'il ne soit «pas convaincu que l'intimé a subi un préjudice irréparable du simple fait qu'on a modifié les dates précisées dans l'acte d'accusation» (p. 566), le Juge en chef n'en arrive pas à une conclusion définitive sur ce point.

J'estime que c'est à bon droit que le juge du procès a autorisé l'amendement de l'acte d'accusation ainsi que la réouverture de l'enquête. Ni l'un ni l'autre de ces incidents procéduraux n'a modifié la preuve que devait réfuter l'accusé. Comme le dit le Juge en chef lui-même, «l'intimé savait depuis le début ce qui lui était reproché. Il avait été informé, au moment de son arrestation, que la période pertinente pendant laquelle il aurait agressé sexuellement la plaignante était celle pendant laquelle il habitait dans la maison des parents de cette dernière» (p. 567). Par conséquent, l'amendement de l'acte d'accusation et la réouverture de l'enquête à cette fin n'ont ni causé ni pu causer un préjudice quelconque à l'intimé. Mais avant d'entreprendre un examen plus approfondi de ces deux points, il peut être utile de rappeler le contexte dans lequel les requêtes en question ont été présentées.

Le contexte

Les accusations en cause se rapportent à des infractions sexuelles commises contre une fillette de moins de 14 ans par son oncle adulte. Au moment du procès, la plaignante avait 16 ans. Les infractions ayant été commises environ huit ans auparavant, alors que l'intimé vivait chez les parents de la plaignante, cette dernière a eu de la difficulté à se souvenir des dates exactes. À cet égard, comme le fait remarquer le Juge en chef,

have accepted that, in cases involving offences and particularly sexual offences against young children, absolute precision with respect to the timing of an alleged offence will often be unrealistic and unnecessary" (p. 567). See *Vézina v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122.

This Court's reasons in *R. v. B. (G.)*, *supra*, which thoroughly dealt with the issue of amendment, are particularly apposite to the case at hand. In that case, three young offenders were charged with having sexually assaulted a seven-year-old girl between December 2 and 20, 1985. The young complainant, who was eight years old at the time of the trial, testified that the assault had occurred during the winter she was in grade one. Her mother supported her testimony and attested that the complainant had experienced various problems such as bed-wetting and nightmares during late 1985 and 1986. Following this testimony, counsel for the defence pointed out that the complainant had, in fact, been in grade one in the fall of 1984 and not 1985. The Crown sought to amend the indictment to read between November 1, 1985 and December 20, 1985. The trial judge refused to allow the amendment and the three accused were acquitted. On appeal to the Ontario Court of Appeal, the acquittal was overturned on the basis that the time of the offence was not an essential element of the crime. On further appeal, the judgment of the Court of Appeal was upheld. Wilson J. for the Supreme Court said (at p. 40):

balance ... must be maintained between eschewing unnecessary technicalities and the right of an accused to make full answer and defence. ...

According to her, as long as the accused was provided with enough information in the indictment to identify the circumstances of the charge and to prepare a defence to these accusations, time was not

«les tribunaux, y compris notre Cour, ont admis que, dans les affaires où il est question d'infractions et particulièrement d'infractions de nature sexuelle contre de jeunes enfants, une précision absolue quant au moment où l'infraction aurait été commise est souvent irréaliste et inutile» (p. 567). Voir *Vézina c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, et *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122.

Dans l'affaire *R. c. B. (G.)*, précitée, la Cour a fait une étude approfondie de la question de l'amendement et cette décision est particulièrement pertinente ici. Dans cette affaire, trois jeunes contrevenants étaient accusés d'avoir agressé sexuellement une fillette de sept ans entre les 2 et 20 décembre 1985. La jeune plaignante, qui avait huit ans lors du procès, a témoigné que l'agression avait eu lieu pendant l'hiver où elle était en première année. Son témoignage a été étayé par celui de sa mère qui a déclaré que la plaignante avait éprouvé divers problèmes, comme des incontinenances nocturnes et des cauchemars à la fin de 1985 et en 1986. À la suite de ce témoignage, l'avocat de la défense a fait remarquer que la plaignante avait, en fait, été en première année à l'automne de 1984 et non de 1985. Le ministère public a présenté une requête en amendement de l'acte d'accusation pour que la période mentionnée soit celle du 1<sup>er</sup> novembre au 20 décembre 1985. Le juge du procès a refusé l'amendement et les trois accusés ont été acquittés. En appel devant la Cour d'appel de l'Ontario, l'acquiescement a été annulé pour le motif que la date de la perpétration n'était pas un élément essentiel de l'infraction. En appel, l'arrêt de la Cour d'appel a été confirmé. Le juge Wilson affirme, au nom de la Cour suprême, à la p. 40:

... l'équilibre [doit être maintenu] entre l'élimination d'un formalisme inutile et le droit d'un accusé de présenter une réponse et une défense pleines et entières ...

D'après le juge Wilson, pourvu que l'acte d'accusation fournisse à l'accusé suffisamment de renseignements pour lui permettre de connaître les circonstances de l'infraction qui lui est reprochée et

an essential element of the offence of sexual assault.

The present day context of child sexual abuse indicates that each year, in Canada, the number of children who are victims of sexual abuse increases (Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths, *Sexual Offences Against Children* (1984)). In fact, according to the Department of Justice, Research Section in *Sexual Assault Legislation in Canada: An Evaluation*, (Report No. 5 1990), at p. 28, reports of sex crimes increased over 100 percent to 29,111 offences across Canada from 1983 to 1988. Further, some researchers estimate that almost 80 percent of sex crimes are committed against children and teenagers (N. Bala and M. Bailey, "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283, at p. 292).

Judicial recognition of this reality, however, is not new and has, in fact, been commented on by our Court in *R. v. W. (R.)*, *supra*, by McLachlin J., whose remarks are very apposite to the situation at hand at p. 133:

One finds emerging a new sensitivity to the peculiar perspectives of children. Since children may experience the world differently from adults, it is hardly surprising that details important to adults, like time and place, may be missing from their recollection. Wilson J. recognized this in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, at pp. 54-55, when, in referring to submissions regarding the court of appeal judge's treatment of the evidence of the complainant, she said that

... it seems to me that he was simply suggesting that the judiciary should take a common sense approach when dealing with the testimony of young children and not impose the same exacting standard on them as it does on adults. ... While children may not be able to recount precise details and communicate the when and where of an event with exactitude, this does not mean that they have misconceived what happened to them and who did it.

It is crucial that similar considerations be had in the case at hand. Mere technicalities cannot be allowed to hamper the administration of justice,

de préparer sa défense, la date de la perpétration ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction d'agression sexuelle.

Au Canada, le nombre d'enfants victimes d'abus sexuels s'accroît d'année en année (Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984)). En fait, d'après ce qu'indique la Section de la recherche du ministère de la Justice dans *La loi sur les agressions sexuelles au Canada, une évaluation* (rapport n° 5 1990), à la p. 34, au cours de la période de 1983 à 1988, le chiffre de crimes sexuels signalés a atteint les 29 111 au Canada, soit une augmentation de plus du double. En outre, certains chercheurs estiment que presque 80 pour 100 de ces crimes sont commis contre des enfants et des adolescents (N. Bala et M. Bailey, «Canada: Recognizing the Interests of Children» (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283, à la p. 292).

La reconnaissance de ce phénomène par les tribunaux ne date cependant pas d'hier. En fait, notre Cour l'a commenté dans l'arrêt *R. c. W. (R.)*, précité, où les remarques que fait le juge McLachlin, à la p. 133, sont très pertinentes en ce qui concerne la situation dont nous sommes saisis:

On porte maintenant plus attention aux perspectives particulières des enfants. Ces derniers peuvent voir le monde différemment des adultes; il n'est donc guère surprenant qu'ils puissent oublier des détails qui, comme le moment et l'endroit, sont importants aux yeux de l'adulte. Le juge Wilson l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, aux pp. 54 et 55 où, quant aux arguments visant le traitement du témoignage de la plaignante par le juge de la cour d'appel, elle dit ceci:

... il me semble qu'il laisse entendre simplement que les juges devraient adopter une position fondée sur le bon sens lorsqu'ils traitent du témoignage de jeunes enfants et éviter de leur imposer les mêmes normes exigeantes qui sont applicables aux adultes. [...] Il se peut que les enfants ne soient pas en mesure de relater des détails précis et de décrire le moment ou l'endroit avec exactitude, mais cela ne signifie pas qu'ils se méprennent sur ce qui leur est arrivé et qui l'a fait.

De telles considérations sont cruciales dans la présente affaire. L'administration de la justice ne saurait être entravée par de simples formalités, surtout

especially in the context of child sexual abuse, particularly when no prejudice of any kind can result to the accused.

dans le contexte d'abus sexuels dont sont victimes des enfants et particulièrement lorsqu'aucun préjudice ne saurait en résulter pour l'accusé.

### The Reopening of the Crown's Case

### a La réouverture de la preuve du ministère public

In the Chief Justice's opinion the trial judge erred in allowing the Crown to reopen its case at such a late stage in the proceedings, particularly since, in his view, the respondent was prejudiced because he had begun to answer the case against him by stating that he would be calling three witnesses one of whom would testify as to his alibi during the period mentioned in the indictment, that is the summer of 1982. In reaching his determination, the Chief Justice reviews the leading case of *Robillard v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 728, and, although he agrees with Pigeon J. that a trial judge has a wide discretion to reopen a case, he suggests that *Robillard* should be limited to its own facts. In so doing, the Chief Justice attaches great significance to the stage of the trial when such reopening was allowed. I disagree. In my view, unless *Robillard* is overruled, it is the law and it cannot be distinguished from the facts of this case, even limited to its own facts.

De l'avis du Juge en chef, le juge du procès a commis une erreur en permettant au ministère public de réouvrir sa preuve à un stade aussi avancé du procès, d'autant plus que, selon lui, l'intimé a subi un préjudice du fait qu'il avait commencé à répondre à la preuve présentée contre lui en déclarant qu'il citerait trois témoins, dont l'un déposerait relativement à son alibi pour la période mentionnée dans l'acte d'accusation, c'est-à-dire l'été 1982. En arrivant à cette conclusion, le Juge en chef examine l'arrêt de principe *Robillard c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 728, et, quoiqu'il souscrive à l'opinion du juge Pigeon selon laquelle le juge du procès a un large pouvoir discrétionnaire de permettre la réouverture de la preuve, il affirme que cet arrêt devrait être limité à ses propres faits. Ce faisant, le Juge en chef attache beaucoup d'importance à l'étape du procès à laquelle la réouverture a été autorisée. Je ne partage pas cet avis. Selon moi, tant qu'il n'aura pas été renversé, l'arrêt *Robillard* établit la règle applicable et, même limité à ses propres faits, il ne saurait être distingué d'avec la présente affaire.

In *Robillard*, the Supreme Court abolished the artificial distinction historically made between the discretion to allow the reopening of the Crown's case before, as opposed to after, the defence has commenced answering the case against it. The appellant *Robillard* was charged with armed robbery. An accomplice identified him at the preliminary inquiry as one of the robbers, but refused to testify at the trial. The evidence given at the preliminary inquiry was read to the jury at the trial and the Crown closed its case. The accused did not call any evidence and the defence closed its case. After the Crown had addressed the jury, counsel for the accused argued, in his address to the jury, that the appellant had not been identified at trial as the "Robillard" referred to in the accomplice's testimony. As a result, the Crown moved that the inquiry be reopened to permit evidence to be adduced on the identification issue. The trial judge

Dans l'arrêt *Robillard*, la Cour suprême a aboli la distinction artificielle archaïque entre le pouvoir discrétionnaire de permettre la réouverture de la preuve du ministère public avant plutôt qu'après que la défense ait commencé à y répondre. L'appellant *Robillard* était accusé de vol à main armée. Un complice, qui l'avait identifié à l'enquête préliminaire comme l'un des voleurs, a refusé de témoigner au procès. La déposition faite à l'enquête préliminaire a été lue au jury lors du procès et le ministère public a déclaré sa preuve close. L'accusé n'a cité aucun témoin et la défense a déclaré sa preuve close. Après l'adresse du ministère public au jury, l'avocat de l'accusé a soutenu devant les jurés que l'appellant n'avait pas été identifié au procès comme le «Robillard» mentionné dans le témoignage du complice. Le ministère public a donc demandé la réouverture de l'enquête afin de faire une preuve d'identification. Le juge

granted the Crown's motion and the appellant was convicted. Both the Quebec Court of Appeal and the Supreme Court of Canada dismissed the appeal. Pigeon J., writing for the unanimous Court, held (at p. 732):

A trial judge may allow the Crown to submit additional evidence after the Crown has closed its case, and this discretionary power is not subject to the strict limitation mentioned by Sloan J.A. in *Kishen Singh*.

In his reasons, Pigeon J. expressly rejected Sloan J.A.'s comments in *R. v. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (B.C.C.A.), at p. 251, that the trial judge's power to reopen exists only if "some matter arises *ex improviso* which no human ingenuity could have foreseen". On the contrary, Pigeon J. clearly stated (at pp. 732 and 733) that:

(1) the trial judge has the discretionary power to permit the correction of an omission or inadvertence in the evidence; and

(2) such discretionary power should not be interfered with unless an injustice has resulted.

Applying these principles to the facts, Pigeon J. was of the view that the fact that the defence had closed its case was not a factor to be taken into consideration in the review of the trial judge's exercise of discretion. *Robillard* clearly provides that, whether the Crown seeks to reopen its case before or after the defence has closed its case, the trial judge may exercise his or her discretion to reopen the case in order to correct an omission in the evidence on the sole condition that no unfairness to the opposing party results. In brief, although it may be more likely that there will be prejudice from the fact that the reopening of the case occurred at a late stage of the trial as the Chief Justice noted, it will not automatically be the case, even if such reopening occurred after the defence had closed its case.

du procès a fait droit à la requête et l'appelant a été déclaré coupable. L'appel devant la Cour d'appel du Québec et le pourvoi devant la Cour suprême du Canada ont tous deux été rejetés. Le juge Pigeon, qui a rédigé les motifs unanimes de la Cour suprême, affirme, à la p. 732:

Le juge qui préside un procès a le pouvoir de permettre la réouverture de l'enquête et c'est un pouvoir discrétionnaire qui n'est pas assujéti à la restriction rigoureuse dont le juge Sloan a fait état dans l'affaire *Kishen Singh*.

Dans ses motifs, le juge Pigeon rejette expressément les commentaires du juge Sloan à la p. 251 de l'arrêt *R. c. Kishen Singh* (1941), 76 C.C.C. 248 (C.A.C.-B.), selon lesquels le juge du procès n'a le pouvoir de permettre la réouverture de l'enquête que si [TRADUCTION] «un fait, qu'aucun esprit humain n'aurait pu prévoir, survient à l'improviste». Au contraire, le juge Pigeon affirme clairement (aux pp. 732 et 733):

(1) que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de permettre qu'il soit remédié à une omission ou à une faute d'inattention dans la preuve, et

(2) qu'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire à l'encontre duquel il n'y a lieu d'intervenir que s'il est démontré qu'une injustice en a résulté.

Appliquant ces principes aux faits, le juge Pigeon a estimé que la clôture de la preuve de la défense n'était pas un facteur à prendre en considération dans l'examen de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. L'arrêt *Robillard* établit clairement que, lorsque le ministère public demande la réouverture de l'enquête avant ou après la clôture de la preuve de la défense, le juge du procès peut exercer son pouvoir discrétionnaire de permettre la réouverture afin de remédier à une omission dans la preuve, à la seule condition qu'il n'en résulte aucune injustice pour la partie adverse. Bref, même si la réouverture de la preuve à un stade avancé du procès est davantage susceptible de causer un préjudice, comme l'a souligné le Juge en chef, ce ne sera pas automatiquement le cas même si cette réouverture survient après que la défense ait déclaré sa preuve close.

This Court's conclusion in *Robillard* is consistent with earlier jurisprudence. Pigeon J. (at p. 733) cited *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386 (Ont. C.A.) as authority for the proposition that a trial judge's discretionary power to allow a reopening of the case should not be interfered with unless it is unfair. In *Huluszkiw*, McLennan J.A., allowing the reopening and the appeal, held (at p. 390):

It would be unfortunate if the ends of justice were defeated by the inadvertence of counsel in failing to prove what is essentially a matter of form in relation to procedure and provided always that the calling of further evidence, whatever its character, is for an honest purpose and that there are no unfair consequences to the opposite party so far as the presentation of that case is concerned. [Emphasis added.]

*Robillard* has been both applied and further developed in subsequent cases. In *R. v. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94, a case of drug possession, the British Columbia Court of Appeal, referring to its previous decision in *R. v. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273, allowed the appeal on the ground that the trial judge had erred in denying the Crown's motion to reopen the inquiry in order to prove the nature and the quality of the substance described in the certificate of analyst. Notwithstanding the fact that the Crown made the request to reopen its case in the middle of the defence evidence, Carrothers J.A. made no distinction as to the moment when the application to reopen the inquiry is made, when he said (at p. 96):

... the ends of justice are not to be defeated by inadvertence of counsel in a matter of form in relation to procedure and where there is no prejudice and no unfair consequences to the opposite party so far as the presentation of the case is concerned.

Similarly, in *Thatcher v. The Queen*, [1986] 2 W.W.R. 97 (appeal dismissed by the Supreme Court of Canada but on grounds not dealing with the reopening, [1987] 1 S.C.R. 652), the majority of the Saskatchewan Court of Appeal dismissed Thatcher's appeal on the ground that the rule in

La conclusion de notre Cour dans l'affaire *Robillard* est compatible avec la jurisprudence antérieure. Le juge Pigeon (à la p. 733) cite l'arrêt *R. c. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386 (C.A. Ont.), à l'appui de la proposition selon laquelle il n'y a pas lieu de s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de permettre la réouverture de l'enquête, à moins qu'il ne l'ait exercé d'une manière injuste. Dans l'arrêt *Huluszkiw*, le juge McLennan, qui a accueilli l'appel et autorisé la réouverture, affirme (à la p. 390):

[TRADUCTION] Il serait regrettable que les fins de la justice soient contrecarrées parce qu'un avocat a omis par inadvertance ce qui constitue essentiellement une formalité, à condition toujours que la présentation d'une preuve supplémentaire, quelle qu'en soit la nature, soit faite de bonne foi et qu'il n'en résulte aucune conséquence injuste pour la partie adverse. [Je souligne.]

Le principe énoncé dans l'arrêt *Robillard* a été à la fois appliqué et développé davantage dans la jurisprudence subséquente. Dans *R. c. Assu* (1981), 64 C.C.C. (2d) 94, une affaire de possession de stupéfiants, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, se référant à son arrêt précédent *R. c. Champagne*, [1970] 2 C.C.C. 273, a accueilli l'appel pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en rejetant la requête du ministère public visant à obtenir la réouverture de l'enquête afin d'établir la nature et la qualité de la substance décrite dans le certificat d'analyse. Même si le ministère public a demandé la réouverture de sa preuve en plein milieu de la preuve de la défense, le juge Carrothers ne fait aucune distinction quant au moment où la demande de réouverture de l'enquête est faite, lorsqu'il affirme, à la p. 96:

[TRADUCTION] ... les fins de la justice ne doivent pas être contrecarrées par l'inattention de l'avocat relativement à une formalité et quand il n'en résulte aucun préjudice ni aucune conséquence injuste pour la partie adverse en ce qui concerne la présentation de la preuve.

De même, dans l'affaire *Thatcher c. The Queen*, [1986] 2 W.W.R. 97 (pouvoi rejeté par la Cour suprême du Canada, mais pour des motifs étrangers à la réouverture, [1987] 1 R.C.S. 652), la Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté, à la majorité, l'appel de Thatcher pour le motif que le juge du



*Robillard, supra*, had been correctly applied by the trial judge. In the view of the Court of Appeal, the trial judge properly exercised his discretion in allowing the Crown, following the receipt of new information, to reopen its case to call a witness, regardless of the fact that the defence was by then closed. (See also *R. v. Karens*, B.C. Co. Ct., Vernon Reg. No. 14035, January 31, 1986, [1986] B.C.J. No. 2165 (QL), and *Protection de la jeunesse — 449*, [1990] R.J.Q. 2367 (Ct. Qué., Youth Div.), which have applied and expanded on *Robillard, supra*.)

This brief overview of the jurisprudence prior to and following this Court's judgment in *Robillard, supra*, makes it amply clear that a trial judge has wide discretion to allow the reopening of the case and that such discretion, as long as it is exercised in a manner which does not result in injustice or prejudice to the parties, should not be interfered with. Although it may be that, in certain circumstances, it will be more likely that prejudice may arise if the case is reopened later rather than earlier in the trial, in my view, *Robillard* has definitely eliminated the distinction between cases where the reopening is sought prior to and those where such reopening is sought after the defence has started to answer the case against it, where no prejudice is demonstrated. The Chief Justice's analysis is predicated, in my view, on the very narrow and legalistic approach which prevailed before *Robillard* and which *Robillard* has definitely abolished. In fact, the Chief Justice's treatment of the reopening of cases virtually overrules *Robillard*, an issue which was neither pleaded before us nor was the parties' contention.

The respondent's whole argument rests on the alleged prejudice resulting from the fact that he could no longer present an alibi defence as regards the amended period during which the alleged assaults occurred and that he was prejudiced by advancing a certain strategy. It is clear, and the Chief Justice himself agrees that, in the circumstances of this case, no prejudice could have

procès avait correctement appliqué la règle formulée dans l'arrêt *Robillard*, précité. D'après la Cour d'appel, ce dernier avait exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en autorisant le ministère public, à la suite de la divulgation de nouveaux renseignements, à réouvrir sa preuve pour citer un témoin, indépendamment du fait que la preuve de la défense était alors close. (Voir aussi les décisions *R. c. Karens*, C. cté de la Colombie-Britannique, n° de greffe de Vernon 14035, 31 janvier 1986, [1986] B.C.J. No. 2165 (QL), et *Protection de la jeunesse — 449*, [1990] R.J.Q. 2367 (C.Q., Ch.j.), où on a appliqué et développé le principe énoncé dans l'arrêt *Robillard*, précité.)

Il se dégage très nettement de ce bref survol de la jurisprudence antérieure et postérieure à l'arrêt *Robillard*, précité, de notre Cour que le juge du procès a un large pouvoir discrétionnaire de permettre la réouverture de l'enquête et qu'il n'y a pas lieu de s'immiscer dans ce pouvoir dans la mesure où il n'est pas exercé de manière à causer une injustice ou un préjudice aux parties. Bien qu'il se puisse que, dans certaines circonstances, la réouverture de l'enquête vers la fin du procès plutôt que vers le début risque davantage de causer un préjudice, j'estime que l'arrêt *Robillard* a, dans le cas où aucun préjudice n'est établi, éliminé définitivement la distinction entre la demande de réouverture faite avant que la défense ait commencé à répondre à la preuve produite contre elle et celle faite après. L'analyse du Juge en chef repose, selon moi, sur l'approche très rigide et formaliste qui avait cours antérieurement à l'arrêt *Robillard* et que celui-ci a définitivement abolie. En fait, la façon dont le Juge en chef traite la réouverture de la preuve revient pratiquement à renverser l'arrêt *Robillard*, ce qui n'a pas été plaidé devant nous et n'est pas un argument avancé par les parties.

Toute la thèse de l'intimé repose sur le préjudice qu'il aurait subi du fait qu'il ne pouvait plus fournir d'alibi relativement à la nouvelle période pendant laquelle les agressions auraient été commises et sur le fait que le recours à une certaine stratégie lui était préjudiciable. Il est évident, et le Juge en chef lui-même en convient, que, dans les circonstances de la présente affaire, l'intimé n'a pu subir

ensued to the respondent from the fact that the dates do reflect the evidence and the defence of alibi could no longer succeed on these facts.

Contrary to what the Chief Justice asserts, the reopening of the Crown's case in no way affected the case against the accused. The offence was one of indecent assault and sexual intercourse with the complainant who was under 14 years of age while the respondent lived at the complainant's parents' house. The dates were immaterial; the respondent knew throughout that the acts were alleged to have occurred when he lived with the complainant and her family. There was no prejudice or denial of full answer and defence in depriving the defence of the opportunity of relying on an irrelevant detail by allowing the Crown to submit fresh evidence which did not change the essential features of the case which the defence had to meet. The key to this flexibility is, in my view, rooted in *B. (G.)*, *supra*, in which this Court recognized the difficulties of pinpointing the exact date of sexual assaults against children and the need to accommodate this difficulty in our criminal justice system. A similar approach was advanced by the English Court of Appeal in *R. v. Scott* (1984), 79 Cr. App. R. 49, in which the court overturned the rule laid down in *R. v. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1, and concluded that the reopening will depend on the discretion of the trial judge and what could reasonably have been foreseen based on the facts of the particular case and, finally, whether there is prejudice on the specific facts of the case.

The only reason that the Crown sought to reopen its case was because the young abuse victim could not recall the precise dates of events which occurred eight years earlier, although she was able to identify the period during which it occurred, a period the respondent himself recognized. Common sense dictates that the same exacting standard cannot apply in such circumstances as it perhaps should in others. In light of the context of child

aucun préjudice du fait que les dates correspondent à la preuve et que l'alibi ne pouvait plus être invoqué avec succès d'après ces faits.

Contrairement à ce qu'affirme le Juge en chef, la réouverture de la preuve du ministère public n'a pas eu la moindre incidence sur la preuve présentée contre l'accusé. Les infractions reprochées à l'intimé étaient d'avoir attenté à la pudeur de la plaignante et d'avoir eu avec elle des rapports sexuels alors qu'elle avait moins de 14 ans, pendant qu'il avait vécu chez les parents de la plaignante. Les dates étaient sans importance; l'intimé a toujours su que les faits qu'on lui reprochait étaient survenus pendant qu'il vivait avec la plaignante et sa famille. L'intimé n'a subi aucun préjudice ni été privé d'une défense pleine et entière du fait qu'on a omis de lui donner l'occasion de s'appuyer sur un détail non pertinent en permettant au ministère public de produire de nouveaux éléments de preuve qui n'ont rien changé aux aspects essentiels de la preuve à laquelle la défense devait répondre. Cette flexibilité relève, à mon avis, de l'arrêt *B. (G.)*, précité, où notre Cour a reconnu la difficulté de déterminer la date exacte d'agressions sexuelles commises contre des enfants et la nécessité de composer avec cette difficulté dans notre système de justice criminelle. Une approche semblable a été proposée dans l'arrêt *R. c. Scott* (1984), 79 Cr. App. R. 49, où la Cour d'appel anglaise a écarté la règle énoncée dans *R. c. Pilcher* (1974), 60 Cr. App. R. 1, et a conclu que la réouverture de la preuve sera sujette à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, à ce qui aurait été raisonnablement prévisible dans les circonstances et, enfin, à la question de savoir s'il y a préjudice au regard des faits précis de l'affaire.

La seule raison pour laquelle le ministère public a demandé la réouverture de l'enquête était que la jeune victime d'agressions sexuelles ne pouvait se rappeler exactement la date d'événements survenus huit ans auparavant, quoiqu'elle ait été capable d'indiquer la période, reconnue par l'intimé lui-même, au cours de laquelle ils s'étaient produits. Le bon sens commande que, dans de telles circonstances, on ne puisse appliquer la même norme

sexual abuse and the difficulty that children have in determining exact dates and times of occurrences and, most often, have to rely on recollections of surrounding events as well as the assistance of others, courts must not unduly limit and complicate the trial judge's discretion to reopen the case with inordinate technicalities. The reopening of the Crown's case was, in the words of McLennan J.A. in *Huluszkiw*, "for an honest purpose and . . . there are no unfair consequences to the [respondent] so far as the presentation of that case is concerned" (p. 390). The respondent always knew the case to be met and that he was accused of having fondled the complainant and of having sexual intercourse with her on two occasions during the summer that he lived with the complainant and her family, particularly during the weekend that the respondent was responsible for baby-sitting her. The test for injustice, in my view, is one of actual prejudice to the defence and in the case at hand no such prejudice was suffered by the respondent. The Crown did not seek to reopen its case as a consequence of the defence statements but, rather, in order to remedy an inaccurate testimony that arose through human error. Since the defence counsel was able to seek an adjournment and re-cross-examine the witness, any minimal inconvenience that may have arisen could easily have been remedied. Although I agree with the Chief Justice that there must be great value placed on the right of an accused to silence and the presumption against self-incrimination, in my view these rights have not been violated in the case at hand and the reopening of this case clearly meets the limited circumstances set out in *Robillard*. The trial judge properly allowed the Crown to reopen its case in order to accord with the principles advanced by this Court in *B. (G.)*, *supra*, and to correct a simple matter of inadvertence given the fact that time is generally not an essential aspect of the offence of sexual assault in cases involving

rigoureuse qui devrait peut-être s'appliquer dans d'autres cas. Vu le contexte des abus sexuels dont sont victimes des enfants et la difficulté qu'éprouvent ces derniers à déterminer la date et l'heure exactes de ces incidents, et du fait qu'ils se voient très souvent obligés de s'en remettre au souvenir qu'ils ont d'événements qui les ont entourés et à l'assistance d'autrui, les tribunaux ne doivent pas, par un formalisme excessif, limiter indûment le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de réouvrir la preuve, ni en compliquer l'exercice. Pour reprendre les propos du juge McLennan dans l'arrêt *Huluszkiw*, la réouverture de la preuve du ministère public a été faite [TRADUCTION] «de bonne foi et [. . .] il n'en résulte aucune conséquence injuste pour l'[intimé] en ce qui concerne la présentation de cette preuve» (p. 390). L'intimé a toujours su quelle preuve il devait réfuter et qu'il était accusé d'avoir attenté à la pudeur de la plaignante et d'avoir eu des rapports sexuels avec elle à deux reprises au cours de l'été où il a habité avec la plaignante et sa famille et, plus particulièrement, au cours de la fin de semaine pendant laquelle il avait été chargé de garder la plaignante. Selon moi, le critère applicable pour déterminer s'il y a injustice est celui du préjudice réel pour la défense et, en l'espèce, l'intimé n'en a subi aucun. Le ministère public a demandé à réouvrir sa preuve non pas en raison des déclarations de la défense, mais plutôt pour corriger un témoignage inexact résultant d'une erreur humaine. Comme l'avocat de la défense a pu obtenir un ajournement et contre-interroger de nouveau le témoin, il aurait été facile de remédier au moindre inconvénient qui aurait pu résulter. Bien que partageant l'avis du Juge en chef quant à la grande importance à attacher au droit d'un accusé de garder le silence et à son droit de ne pas s'incriminer, j'estime qu'il n'y a eu en l'espèce aucune violation de ces droits et que la réouverture de l'enquête dans la présente affaire rencontre les circonstances limitées dont il est question dans l'arrêt *Robillard*. C'est à bon droit que le juge du procès a permis au ministère public de réouvrir sa preuve en conformité avec les principes avancés par notre Cour dans l'arrêt *B. (G.)*, précité, et pour corriger une simple faute d'inadvertance, la période au cours de laquelle une agression sexuelle a été commise contre un enfant ne constituant pas un aspect essentiel de l'infraction.

children. Thus, in so doing, no injustice arose to the respondent M.B.P.

Finally, it is clear, in my view, that the reopening and amendment will often be closely linked in cases of child sexual assault. With this in mind, I now turn to the issue of the amendment.

### The Amendment

The *Criminal Code*, s. 601, specifically confers on a trial judge the discretion to permit an amendment to the indictment in the absence of prejudice. More specifically still, s. 601(4.1) deals with amending the time period mentioned in an indictment. This section was added in 1985 (S.C. 1985, c. 19, s. 123(3)) and codifies the common law rule that the date of an offence need not be proven unless it is an "essential element" of the offence pursuant to *R. v. Dossi* (1918), 13 Cr. App. R. 158 (C.C.A.).

The respondent's main argument rests on the defence of alibi which, in his view, he intended to use and could have used as regards the period mentioned in the amended indictment, alleging the abuse to have occurred between January 1, 1982 to January 1, 1983. As the Chief Justice points out (at p. 567), "[t]he fact that an accused may have an alibi for the period (or part of the period) described in an indictment does not necessarily or automatically "freeze" the dates specified in that indictment. That is to say, there is no vested right to a given alibi. Alibi evidence must respond to the case as presented by the Crown, and not the other way around." Besides, the availability of a particular defence is no bar to the application of s. 601, just as a defence prompted by a simple error or inadvertence by a complainant or Crown cannot be in the interest of justice. This is precisely why s. 601 was enacted — to avoid having technicalities impair the truth-seeking function of the courts. It seems to me that the amendment here sought by the Crown was precisely for those reasons and fell squarely within the trial judge's discretion. The trial judge, who had heard all the evidence

Ce faisant, il n'en est résulté aucune injustice pour l'intimé M.B.P.

Enfin, il est clair, selon moi, que la réouverture de l'enquête et l'amendement de l'acte d'accusation seront souvent étroitement liées dans les cas d'agression sexuelle commise contre un enfant. C'est en gardant cela à l'esprit que je passe maintenant à la question de l'amendement.

### L'amendement

L'article 601 du *Code criminel* confère expressément au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'autoriser l'amendement d'un acte d'accusation, en l'absence de préjudice. Plus précisément, le par. 601(4.1) traite de l'amendement de la date de l'infraction mentionnée dans l'acte d'accusation. Ce paragraphe, qui a été ajouté en 1985 (S.C. 1985, ch. 19, par. 123(3)), codifie la règle de common law voulant que la date de l'infraction n'ait à être prouvée que si elle en constitue un «élément essentiel» au sens de l'arrêt *R. c. Dossi* (1918), 13 Cr. App. R. 158 (C.C.A.).

L'argument principal de l'intimé repose sur un alibi qu'à son avis il avait l'intention d'invoquer et qu'il aurait pu invoquer à l'égard de la période mentionnée dans l'acte d'accusation amendé, selon lequel les agressions sexuelles auraient eu lieu entre le 1<sup>er</sup> janvier 1982 et le 1<sup>er</sup> janvier 1983. Comme le fait remarquer le Juge en chef (à la p. 567), «[l]e fait qu'un accusé puisse avoir un alibi pour la période (ou une partie de la période) décrite dans un acte d'accusation ne «gèle» pas nécessairement ni automatiquement les dates précisées dans cet acte d'accusation. Autrement dit, il n'y a pas de droits acquis à un alibi donné. Un alibi doit être fourni en réponse à la preuve présentée par le ministère public et non l'inverse.» D'ailleurs, la possibilité de se prévaloir d'un moyen de défense donné n'est pas un obstacle à l'application de l'art. 601, tout comme le recours à un moyen de défense qui tient à une simple erreur ou inattention de la part du plaignant ou du ministère public ne saurait être dans l'intérêt de la justice. C'est précisément la raison pour laquelle l'art. 601 a été adopté, c'est-à-dire pour éviter que des formalités ne viennent entraver l'objectif de recherche de la

adduced by the Crown before allowing the amendment, was in the best position to assess whether or not the respondent was or could be prejudiced by the amendment. He clearly put his mind to it when he said:

... there is always difficulty of pinpointing the exact date because of the age of these complainants in trying to remember the time.

... the incidences are not changed, we are talking here of people trying to recall a certain date by certain events and the young complainant related it to the van trip. Somebody has made a mistake in the summer of the van trip. I do not believe that this will prejudice the accused in amending that date.

The Court of Appeal failed to recognize that a finding that the appellant has not been able to rely on the defence of alibi does not necessarily render the amendment prejudicial. In my view, as set out above, it is sufficient that the accused was aware of the case he had to meet and that the offences were alleged to have occurred during the summer he lived with the complainant and her family. As a consequence, the conclusion of the Court of Appeal that the amendment "materially changed" the case against the accused to an "altogether different case" is a distortion of the facts of the case at hand. The Court of Appeal erred in substituting its own assessment of the prejudice to the accused for that of the trial judge. Besides, there was no prejudice in this case since the respondent was fully aware of the period the complainant was referring to. The respondent's arguments must, accordingly, fail and the decision of the trial judge must be upheld.

### Conclusion

In the result, I conclude that the trial judge properly exercised his discretion to allow both the reopening of the case and the amendment to the indictment. I would accordingly allow the appeal,

vérité des tribunaux. Il me semble que c'est justement pour ces raisons que le ministère public a requis l'amendement ici en cause et que cette requête en amendement relevait directement du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Le juge du procès, qui avait entendu la totalité de la preuve présentée par le ministère public avant d'autoriser l'amendement était le mieux placé pour déterminer si cet amendement portait préjudice à l'intimé ou était susceptible de le léser. Il s'est nettement penché sur cet aspect lorsqu'il a dit:

[TRADUCTION] ... il est toujours difficile de déterminer la date exacte en raison de l'âge des plaignantes qui tentent de s'en souvenir.

... les incidences n'ont pas changé, il s'agit ici de personnes qui tentent de se rappeler d'une certaine date au moyen de certains événements et la jeune plaignante l'a associée au voyage en fourgonnette. Quelqu'un a commis une erreur au cours de l'été du voyage en fourgonnette. Je ne crois pas que la modification de cette date causera un préjudice à l'accusé.

La Cour d'appel n'a pas reconnu que le fait que l'appelant n'ait pu se prévaloir de sa défense d'alibi ne rend pas nécessairement l'amendement préjudiciable. À mon avis, comme je l'ai déjà dit, il suffit que l'accusé ait été au courant de la preuve qu'il avait à réfuter et que l'on ait allégué que les infractions ont été commises pendant l'été où il a vécu avec la plaignante et sa famille. Par conséquent, en concluant que l'amendement a «transformé[. . .] sensiblement en une preuve entièrement différente» la preuve présentée contre l'accusé, la Cour d'appel a dénaturé les faits de l'espèce. Elle a commis une erreur en substituant sa propre appréciation du préjudice subi par l'accusé à celle du juge du procès. D'ailleurs, aucun préjudice n'a été causé en l'espèce puisque l'intimé savait parfaitement de quelle période parlait la plaignante. Les arguments de l'intimé ne sauraient donc être retenus et la décision du juge du procès doit être confirmée.

### Conclusion

En définitive, je conclus que le juge du procès a exercé de façon appropriée son pouvoir discrétionnaire de permettre la réouverture de l'enquête et l'amendement de l'acte d'accusation. En consé-

reverse the judgment of the Court of Appeal and restore the conviction.

*Appeal dismissed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Julian N. Falconer, Toronto.*

quence, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmes l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Julian N. Falconer, Toronto.*