

Jerry Carl Stolar Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. STOLAR

File No.: 19068.

1987: May 15; 1988: March 24.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Courts — Procedure — Application to admit new evidence on appeal — Whether or not Court erred in not ordering new trial after admitting introduction of new evidence — Whether or not Court of Appeal erred in applying proviso that no substantial miscarriage of justice had taken place — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 610, 613(1)(b)(iii).

Appellant appealed his murder conviction to the Court of Appeal where an application for leave to adduce fresh evidence was made pursuant to s. 610 of the *Criminal Code*. This motion was heard before the appeal commenced and was granted by a majority of the court on the basis that it could have reasonably affected the result. The court then heard the appeal and later dismissed it by a differently constituted majority who concluded that the fresh evidence was of little consequence. At issue here are: (1) whether or not the Court of Appeal erred in law in not ordering a new trial once it had permitted the introduction of the fresh evidence on appeal and (2) whether or not the Court of Appeal erred in applying the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* in these circumstances.

Held: The appeal should be allowed.

The condition for the application of s. 613(1)(b)(iii) did not arise here because no error was shown in the trial.

The law relating to the bringing of fresh evidence when an appeal is taken is settled: that evidence must reasonably have been able to affect the result. When an application is made to the Court of Appeal for the admission of fresh evidence, the motion should be heard and, if not dismissed, judgment should be reserved and the appeal heard. The Court can then consider the question of the fresh evidence in light of the background

Jerry Carl Stolar Appellant

c.

Sa Majesté La Reine Intimée

a

RÉPERTORIÉ: R. c. STOLAR

N° du greffe: 19068.

1987: 15 mai; 1988: 24 mars.

b

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Wilson et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

c

Tribunaux — Procédure — Demande d'admission d'éléments de preuve nouveaux en appel — La cour a-t-elle eu tort de ne pas ordonner un nouveau procès après avoir admis des éléments de preuve nouveaux? — La Cour d'appel a-t-elle eu tort d'appliquer la réserve relative à l'absence d'erreur judiciaire grave? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 610, 613(1)(b)(iii).

d

L'appelant, reconnu coupable de meurtre, a interjeté appel à la Cour d'appel devant laquelle une requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux a été faite en vertu de l'art. 610 du *Code criminel*. La requête a été entendue avant l'appel et accueillie, à la majorité des juges de la cour, parce qu'il était raisonnable de croire que les éléments de preuve auraient pu influencer sur l'issue du procès. La cour a alors entendu l'appel, puis l'a rejeté par une majorité de juges différents qui a conclu que les éléments de preuve nouveaux ne portaient guère à conséquence. Les questions en litige sont les suivantes: (1) la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en s'abstenant d'ordonner un nouveau procès après avoir autorisé la production des éléments de preuve nouveaux en appel et (2) a-t-elle eu tort d'appliquer les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* compte tenu des circonstances de l'espèce?

h

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La condition d'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) n'est pas réalisée en l'espèce parce qu'il n'a pas été démontré qu'une erreur se serait produite au procès.

La règle applicable à la production d'éléments de preuve nouveaux lorsqu'un appel est interjeté est bien établie: ces éléments doivent être raisonnablement susceptibles d'influer sur l'issue du procès. Lorsque la Cour d'appel est saisie d'une demande d'admission d'éléments de preuve nouveaux, la requête doit être entendue pour ensuite, si elle n'est pas rejetée, la mettre en délibéré et entendre l'appel. La Cour d'appel peut alors examiner la

of the case and of the other evidence. The following alternatives are then available: (1) dismiss the application and dispose of the appeal; (2) admit the evidence as conclusive of the issues and dispose of the matter immediately; (3) admit evidence that may have sufficient probative force, if accepted by the trier of fact, to alter the result at trial and direct a new trial. The third alternative should be adopted here: the Court cannot admit the evidence on the basis that it might reasonably affect the result and then conclude that the evidence did not have that effect.

Cases Cited

Applied: *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *Palmer and Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; **considered:** *R. v. Buckle* (1949), 94 C.C.C. 84; *R. v. Feeny* (1946), 86 C.C.C. 429; *R. v. Kissick* (1951), 100 C.C.C. 130, aff'd *Kissick v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 343; *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386; **referred to:** *R. v. Lakatos* (1961), 129 C.C.C. 387; *R. v. Boles* (1984), 57 A.R. 232; *R. v. Flower*, [1966] 1 Q.B. 146.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 610, 613(1)(b)(iii).
Opium and Narcotic Drug Act, 1929, S.C. 1929, c. 49.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1984), 30 Man. R. (2d) 81, dismissing an appeal from a conviction by Scollin J. sitting with jury. Appeal allowed.

G. Greg Brodsky, Q.C., for the appellant.

Wayne Myshkowsky and Robert Gosman, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant, a police officer in the city of Winnipeg, was convicted of murder on July 13, 1983. An appeal was taken to the Court of Appeal of Manitoba. An application, undated but returnable on September 7, 1983, for leave to adduce fresh evidence was made pursuant to s. 610 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The evidence which the appellant sought to introduce consisted of a series of documents described as

question des éléments de preuve nouveaux en fonction de l'ensemble de l'affaire et de tous les autres éléments de preuve s'y rapportant. Elle dispose alors des options suivantes: (1) rejeter la requête et statuer sur l'appel; (2) considérer que l'ensemble des preuves règle les points en litige et rendre une décision définitive immédiatement; (3) admettre les éléments de preuve qui pourraient avoir suffisamment de force probante pour influencer sur l'issue du procès et ordonner un nouveau procès. La troisième option devrait être adoptée en l'espèce: la cour ne peut admettre les éléments de preuve parce qu'on peut raisonnablement penser qu'ils pourraient influencer sur l'issue du procès et ensuite conclure qu'ils n'avaient pas cet effet.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *McMartin v. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *Palmer et Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; **arrêts examinés:** *R. v. Buckle* (1949), 94 C.C.C. 84; *R. v. Feeny* (1946), 86 C.C.C. 429; *R. v. Kissick* (1951), 100 C.C.C. 130, conf. *Kissick v. The King*, [1952] 1 R.C.S. 343; *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386; **arrêts mentionnés:** *R. v. Lakatos* (1961), 129 C.C.C. 387; *R. v. Boles* (1984), 57 A.R. 232; *R. v. Flower*, [1966] 1 Q.B. 146.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 610, 613(1)(b)(iii).
Loi de l'opium et des drogues narcotiques, 1929, S.C. 1929, chap. 49.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1984), 30 Man. R. (2d) 81, qui a rejeté l'appel interjeté contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Scollin siégeant avec jury. Pourvoi accueilli.

G. Greg Brodsky, c.r., pour l'appellant.

Wayne Myshkowsky et Robert Gosman, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'appellant, un agent de police de la ville de Winnipeg, a été reconnu coupable de meurtre le 13 juillet 1983. Un appel a été interjeté à la Cour d'appel du Manitoba. Une requête, non datée mais à présenter le 7 septembre 1983, visant la production d'éléments de preuve nouveaux a été déposée conformément à l'art. 610 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. Les éléments de preuve que l'appellant voulait produire

traffic offence notices. These notices are given by police officers to traffic offenders and are left in the files of the Magistrates' Court. They would provide, it was argued, evidence of the whereabouts of the appellant at certain times which would be relevant evidence in his defence.

The appellant's appeal came on for hearing on March 28, 1984. Before the appeal commenced, the motion for fresh evidence was heard and the court (Hall, O'Sullivan and Huband J.J.A.), with Hall J.A. dissenting, granted the motion for leave to adduce the evidence. The court then proceeded to hear the appeal and after three days' hearing reserved judgment. On October 11, 1984, some six months later, judgment was given dismissing the appeal with O'Sullivan J.A. dissenting. Huband J.A., for the majority in the Court of Appeal (reported at (1984), 30 Man. R. (2d) 81), reached the conclusion that the fresh evidence was of little consequence, stating, at p. 110:

The new evidence does not affect the matter. Even if it had been presented to the jury, the case against Stolar is so strong that in spite of the additional evidence the jury, properly instructed, would have inevitably arrived at the same decision.

He concluded his judgment by saying: "I would dismiss the appeal of Stolar as well, relying again upon the provisions of s. 613(1)(b)(i) [*sic*]". (The printed case in this concluding paragraph refers to s. 613(1)(b)(i), which I take to be a misprint. The judge had earlier applied s. 613(1)(b)(iii) in respect of Stolar's co-accused and the notice of appeal, as well as the factums of both Crown and appellant, refer to s. 613(1)(b)(iii).)

O'Sullivan J.A. in his dissent expressed the view that the court had granted the motion for the admission of fresh evidence on the basis that it might affect the result and it could not hold some six months later that it could not have such an effect. He said, at p. 117:

consistaient en une série de pièces décrites comme des avis de contravention au Code de la route. Ces avis sont remis par les agents de police aux contrevenants au Code de la route et sont conservés dans les dossiers de la Cour des magistrats. Ils fourniraient, a-t-on soutenu, une preuve des allées et venues de l'appelant à certaines époques, qui serait utile pour sa défense.

L'appel interjeté par l'appelant a été entendu le 28 mars 1984. Avant le début de l'audience, la requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux a été entendue et la cour (les juges Hall, O'Sullivan et Huband), le juge Hall étant dissident, y a fait droit. La cour a alors procédé à l'audition de l'appel et, après trois jours d'audience, a mis l'affaire en délibéré. Quelque six mois plus tard, le 11 octobre 1984, l'arrêt rejetant l'appel a été rendu, le juge O'Sullivan étant dissident. Le juge Huband, au nom de Cour d'appel à la majorité (publié à (1984), 30 Man. R. (2d) 81), a conclu que ces nouveaux éléments de preuve avaient peu d'importance, affirmant, à la p. 110:

[TRADUCTION] Les nouveaux éléments de preuve n'influent pas sur l'affaire. Même si elle avait été soumise à l'appréciation du jury, la preuve qui pèse contre Stolar est si lourde qu'en dépit de ces éléments nouveaux le jury, ayant reçu des directives appropriées, serait inévitablement arrivé à la même décision.

Il conclut l'arrêt en disant: [TRADUCTION] «Je suis d'avis de rejeter l'appel de Stolar également, me fondant ici encore sur les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(i) [*sic*]». (L'arrêt publié mentionne le sous-al. 613(1)(b)(i) dans ce dernier paragraphe, ce que je considère comme une erreur d'impression. Le juge avait auparavant appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) relativement au coaccusé de Stolar et l'avis d'appel, de même que les mémoires tant du ministère public que de l'appelant, font référence au sous-al. 613(1)(b)(iii).)

Dans ses motifs de dissidence, le juge O'Sullivan a exprimé l'avis que la cour avait accueilli la requête visant l'admission d'éléments de preuve nouveaux parce qu'ils pourraient influencer sur l'issue de l'affaire, et qu'elle ne pouvait pas juger, quelque six mois plus tard, qu'ils ne pouvaient avoir cet effet. Voici ce qu'il affirme, à la p. 117:

We did not reserve on the motion. We granted it by majority. It is res judicata. I do not see how we can say in March that the evidence might reasonably affect the jury but in October we say it cannot.

So I would allow the appeal of Stolar on three grounds:

- (1) that this is not a case for the proviso to be applied;
- (2) that the proviso cannot, in law, apply to new evidence admitted;
- (3) that in this case we have already decided that the new evidence might reasonably affect the verdict.

I would therefore allow the appeal and order a new trial.

It is evident that the Court of Appeal considered the motion for the introduction of new evidence and the appeal itself in two separate stages. It first heard the motion to adduce new evidence and although no formal order was entered in the Registry, it is clear that they granted the motion and admitted the evidence. The reasons for judgment on the fresh evidence motion bear the notation, "application decided: March 28, 1984", and in concluding the reasons, Hall J.A., who presided at the hearing, said: "In the result the motion is granted with myself dissenting". On April 2, 1984, some five days later, on a motion on behalf of the appellant, an order was made in the Court of Appeal Chambers directing a magistrate who had their custody to produce eleven of the traffic offence notices for filing in the Court of Appeal. The Court of Appeal, having admitted the evidence, then proceeded to hear the appeal and, by a different majority, decided that the fresh evidence could not have affected the result of the trial. In so doing, they did not purport to revoke their earlier order admitting the evidence.

There are only two grounds of appeal raised in this Court. They are set out hereunder:

[TRADUCTION] Nous n'avons pas mis la requête en délibéré. Nous l'avons accueillie à la majorité. Il y a là chose jugée. Je ne vois pas comment nous pouvons dire en mars qu'il est raisonnable de penser que ces éléments de preuve peuvent éventuellement influencer le jury pour ensuite déclarer, en octobre, qu'ils ne le peuvent pas.

Aussi je suis d'avis d'accueillir l'appel de Stolar pour trois motifs:

- (1) il ne s'agit pas d'un cas où la réserve s'applique;
- (2) la réserve ne saurait, en droit, s'appliquer à des éléments de preuve nouveaux qui ont été admis;
- (3) en l'espèce, nous avons déjà décidé qu'il est raisonnable de penser que les éléments de preuve nouveaux peuvent éventuellement influencer sur le verdict.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner un nouveau procès.

Il est évident que la Cour d'appel a étudié la requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux et l'appel lui-même en deux étapes distinctes. Elle a d'abord entendu la requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux et, bien qu'aucune ordonnance formelle n'ait été consignée au greffe, il est clair qu'elle a accueilli la requête et admis les éléments de preuve. Les motifs de l'arrêt relatifs à la requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux portent la mention: [TRADUCTION] «Requête jugée le 28 mars 1984», et en concluant ses motifs, le juge Hall, qui a présidé à l'audience, écrit: [TRADUCTION] «En définitive, la requête est accueillie avec dissidence de ma part». Quelque cinq jours plus tard, le 2 avril 1984, suite à une requête déposée au nom de l'appellant, la Cour d'appel, réunie en dehors de la salle d'audience, a rendu une ordonnance enjoignant au magistrat qui en avait la garde de déposer onze des avis de contravention à la Cour d'appel. La Cour d'appel, ayant admis ces éléments de preuve, a alors procédé à l'audition de l'appel pour décider, par une majorité différente, que ces éléments de preuve nouveaux ne pouvaient avoir influé sur l'issue du procès. Ce faisant, la cour ne prétendait pas révoquer son ordonnance antérieure autorisant l'admission desdits éléments de preuve.

Le pourvoi dont nous sommes saisis n'est fondé que sur les deux moyens que voici:

1. Did the Manitoba Court of Appeal err in law in not ordering a new trial once it had permitted the introduction of the fresh evidence on appeal?

2. Did the Manitoba Court of Appeal err in applying the provisions of section 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* in the circumstances of this case?

The appellant supports the dissenting judgment of O'Sullivan J.A. The Crown argues that the evidence was not new evidence at all and contends that the majority in the Court of Appeal was in error in making the order for its admission. It was argued that the fresh evidence was of little, if any, weight and that the Court of Appeal was justified in applying the proviso in s. 613(1)(b)(iii). It was also contended that, in fact, the motion for the new evidence and the appeal itself were one proceeding and that the motion was, in reality, dismissed by the Court of Appeal at the conclusion of the main appeal. There was simply a time interval between the making of the motion and its disposition. This last argument I would reject on the basis of the facts recited above. I would also dispose of the argument raised with respect to the application of the proviso in s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The proviso may be applied, even though an error in law has been made at trial which might have justified a determination of the appeal in the appellant's favour, when the Court of Appeal is of the view that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. No error has been shown in the trial in the case at bar. The appellant seeks only to adduce new evidence which was not heard by the trial judge. The condition then for the application of the proviso does not arise here and it was error on the part of the majority in the Court of Appeal to seek to apply it.

The law relating to the bringing of fresh evidence when an appeal is taken is settled. This Court has dealt with the matter in *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, and more recently in *Palmer and Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759. *McMartin* was a case where the appellant after a conviction for murder sought leave to adduce evidence of his mental condition.

[TRADUCTION] 1. La Cour d'appel du Manitoba a-t-elle commis une erreur de droit en s'abstenant d'ordonner un nouveau procès après avoir autorisé la production des éléments de preuve nouveaux en appel?

2. La Cour d'appel du Manitoba a-t-elle eu tort d'appliquer les dispositions du sous-al. 613(1)b(iii) du *Code criminel*, dans les circonstances de l'espèce?

L'appellant défend l'opinion dissidente du juge O'Sullivan. Le ministère public fait valoir que les éléments de preuve en cause n'étaient absolument pas nouveaux et il soutient que la Cour d'appel à la majorité a eu tort de rendre une ordonnance autorisant leur admission. On a aussi fait valoir que ces éléments de preuve nouveaux ne pouvaient avoir que peu de poids et que la Cour d'appel avait eu raison d'appliquer la réserve du sous-al. 613(1)b(iii). On a aussi soutenu qu'en fait la requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux et l'appel lui-même ne formaient qu'une seule instance et que la requête avait, en réalité, été rejetée par la Cour d'appel au terme de l'appel principal. Il y avait simplement eu intervalle entre le dépôt de la requête et le moment où on avait statué sur celle-ci. Je suis d'avis de rejeter ce dernier argument en raison des faits exposés précédemment. Je suis aussi d'avis de rejeter l'argument relatif à l'application du sous-al. 613(1)b(iii) du *Code criminel*. La réserve peut s'appliquer, même si on a commis au procès une erreur de droit qui aurait pu justifier que l'appel soit tranché en faveur de l'appellant, lorsque la Cour d'appel est d'avis qu'aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit. Il n'a pas été démontré qu'une erreur a été commise au procès en l'espèce. L'appellant ne demande qu'à produire des éléments de preuve nouveaux dont le juge du procès n'a pas été saisi. Ainsi, la condition d'application de la réserve n'est pas réalisée ici et c'est à tort que la Cour d'appel à la majorité a cherché à l'appliquer.

La règle applicable à la production d'éléments de preuve nouveaux lorsqu'un appel est interjeté est bien établie. La Cour a examiné cette question dans l'arrêt *McMartin v. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, et plus récemment, dans l'arrêt *Palmer et Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759. Dans l'affaire *McMartin*, il s'agissait d'un appellant reconnu coupable de meurtre qui deman-

The Court of Appeal, having heard the tendered evidence, rejected it on the basis that it did not have the weight to establish the mental condition of the appellant at the relevant time. Ritchie J., speaking for the full Court on this issue, said, at p. 493:

With the greatest respect, it appears to me that the evidence tendered by the appellant on such an application as this is not to be judged and rejected on the ground that it "does not disprove the verdict as found by the jury" or that it fails to discharge the burden of proving that the appellant was incapable of planning and deliberation, or that it does not rebut inferences which appear to have been drawn by the jury. It is enough, in my view, if the proposed evidence is of sufficient strength that it might reasonably affect the verdict of a jury.

He adopted, as well, the words of Sloan C.J.B.C. in *R. v. Buckle* (1949), 94 C.C.C. 84, at pp. 85-86 where, speaking for himself and Sidney Smith J.A. (Robertson J.A. dissenting), he said:

In my opinion the rule to be applied in criminal cases in relation to the introduction of fresh evidence and consequential relief which may be granted by the Court, is wider in its discretionary scope than that applied by the Court in civil appeals. If the newly-discovered evidence is in its nature conclusive, then the Court of Appeal, in both civil and criminal cases, may itself finally deal with the matter. See, e.g., O'Halloran J.A. in *R. v. Feeny* [1947] 1 D.L.R. 392 at pp. 396 *et seq.*, 86 Can. C.C. 429 at pp. 434 *et seq.*, 63 B.C.R. 131 at pp. 136 *et seq.* If, on the other hand, in a criminal case, the new evidence does not exert such a compelling influence, but is however of sufficient strength that it might reasonably affect the verdict of a jury, then, in my opinion, the Court may admit that evidence and direct a new trial, so that such evidence might be added to the scale and weighed by the trial tribunal in the light of all the facts.

And see, as well, *R. v. Lakatos* (1961), 129 C.C.C. 387, at p. 391, *per* Bird J.A., speaking for the court (DesBrisay C.J.B.C., Bird and Coady J.J.A.)

dait l'autorisation de produire des éléments de preuve concernant son état mental. La Cour d'appel, ayant pris connaissance des éléments de preuve offerts, les a rejetés pour le motif qu'ils n'avaient pas le poids nécessaire pour établir l'état mental de l'appelant à l'époque pertinente. Le juge Ritchie, s'exprimant à ce sujet au nom de la Cour siégeant au complet, dit à la p. 493:

[TRADUCTION] Avec égards, je crois que la déposition offerte par l'appelant à l'occasion d'une requête comme celle-ci ne doit pas être jugée et rejetée pour le motif qu'elle «ne réfute pas le verdict prononcé par le jury» ou qu'elle ne réussit pas à établir que l'appelant était incapable de projeter et de commettre son acte de propos délibéré ou qu'elle ne réfute pas les déductions que le jury paraît avoir faites. Il suffit, à mon avis, que la déposition offerte ait suffisamment de poids pour qu'il soit raisonnable de penser qu'elle peut éventuellement influencer sur le verdict du jury.

Il a aussi fait siens les propos tenus par le juge en chef Sloan de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. Buckle* (1949), 94 C.C.C. 84, aux pp. 85 et 86, où il affirme, en son propre nom et en celui du juge Sidney Smith (le juge Robertson étant dissident):

[TRADUCTION] À mon avis, la règle à appliquer dans les affaires criminelles relativement à la production d'éléments de preuve nouveaux et au redressement consécutif que peut accorder la cour, a une portée discrétionnaire plus large que celle qu'applique la cour dans les appels en matière civile. Si la preuve nouvellement communiquée est de par sa nature même concluante, alors la Cour d'appel, tant en matière civile que criminelle, peut elle-même statuer définitivement sur l'affaire. Voir, par exemple, le juge O'Halloran dans *R. v. Feeny*, [1947] 1 D.L.R. 392, aux pp. 396 et suiv., 86 Can. C.C. 429, aux pp. 434 et suiv., 63 B.C.R. 131, aux pp. 136 et suiv. Si d'autre part, dans une affaire criminelle, les éléments de preuve nouveaux n'ont pas une influence aussi décisive, mais ont néanmoins suffisamment de poids pour qu'il soit raisonnable de penser qu'ils peuvent éventuellement influencer sur le verdict d'un jury, alors j'estime que la cour peut admettre ces éléments et ordonner un nouveau procès afin que le tribunal de première instance puisse éventuellement les soupeser à la lumière de l'ensemble des faits.

Voir aussi l'arrêt *R. v. Lakatos* (1961), 129 C.C.C. 387, à la p. 391, le juge Bird, s'exprimant au nom de la Cour d'appel (le juge en chef DesBrisay de la Colombie-Britannique, et les juges Bird et Coady).

In *Palmer*, *supra*, I reviewed some of the authorities on the topic. Writing for the Court, I said, at p. 775:

Parliament has given the Court of Appeal a broad discretion in s. 610(1)(d). The overriding consideration must be in the words of the enactment "the interests of justice" and it would not serve the interests of justice to permit any witness by simply repudiating or changing his trial evidence to reopen trials at will to the general detriment of the administration of justice. Applications of this nature have been frequent and courts of appeal in various provinces have pronounced upon them—see for example *Regina v. Stewart*; *Regina v. Foster*; *Regina v. McDonald*; *Regina v. Demeter*. From these and other cases, many of which are referred to in the above authorities, the following principles have emerged:

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

Given that the test for the admission of fresh evidence is so well settled, the source of the confusion in this case is at once apparent. The Court of Appeal by a majority decision admitted the evidence on a preliminary application but, by a differently constituted majority, dismissed the appeal on the basis that the fresh evidence was not such that it could reasonably have affected the jury's verdict. This was done, despite the fact that the very act of admitting the evidence, according to the required test, is based upon a finding that the evidence could reasonably have affected the result. This inconsistency was recognized in the dissent by O'Sullivan J.A.

Dans l'arrêt *Palmer*, précité, j'ai examiné certains précédents sur le sujet. Voici ce que j'y affirme au nom de la Cour, à la p. 775:

Par l'alinéa 610(1)d), le législateur a donné à la Cour d'appel un grand pouvoir discrétionnaire. On doit donner la prépondérance, dans cette disposition, à l'expression «l'intérêt de la justice» et il ne serait pas dans l'intérêt de la justice de permettre à un témoin, par la seule répudiation ou modification de ses dépositions au procès, de rouvrir des procès à volonté au détriment général de l'administration de la justice. Les demandes de cette nature sont fréquentes et les cours d'appel de diverses provinces se sont prononcées à leur égard—voir par exemple *Regina v. Stewart*; *Regina v. Foster*; *Regina v. McDonald*; *Regina v. Demeter*. Les principes suivants se dégagent de ces arrêts et d'autres dont plusieurs sont cités dans la jurisprudence susmentionnée:

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

Vu que le critère d'admissibilité des éléments de preuve nouveaux est si bien établi, la source de la confusion en l'espèce devient aussitôt évidente. La Cour d'appel, par une décision majoritaire, a admis les éléments de preuve suite à une demande préliminaire mais, par une majorité constituée différemment, a rejeté l'appel pour le motif que les éléments de preuve nouveaux ne permettraient pas de penser raisonnablement qu'ils auraient pu influencer sur le verdict du jury. On a statué ainsi malgré le fait que l'admission même de ces éléments de preuve, conformément au critère requis, ait été fondée sur la conclusion qu'il était raisonnable de penser qu'ils auraient pu influencer sur l'issue du procès. Le juge O'Sullivan a reconnu cette contradiction dans ses motifs de dissidence.

A similar application was considered by O'Halloran J.A., dissenting, in *R. v. Feeny* (1946), 86 C.C.C. 429, but referred to with approval by Sloan C.J.B.C. in *Buckle*, *supra*. He said, at pp. 436-37:

Whether an order is to be made that the evidence be actually admitted, or that it be allowed to be heard for the purpose of determining if it is to be admitted, must depend on the circumstances of each case. In the present case as in this Court's decision in *R. v. Shumarin*, [1928] 1 W.W.R. 300 I saw no difficulty in admitting it at once. In another case the circumstances might be such that a conclusion could not be reached without first hearing the evidence. That would of course concern the admissibility of the evidence as fresh evidence.

But once it is acceptable as fresh evidence and admitted as such it does not follow that the case must be sent back for a new trial. There are no doubt cases in which the circumstances may be such that the Court of Appeal would conclude that the interests of justice would be better served by directing a new trial, than by exercising its powers under *Cr. Code*, s. 1021(1), and Civil Appeal Rule 5. But the Court's jurisdiction under that *Cr. Code* section and Civil Appeal Rule is not to be overlooked, and in a case like the present where the fresh evidence was inconsistent with and contradictory to the evidence it was advanced to support, in my opinion a proper case was disclosed in which to exercise that jurisdiction and substitute a conviction of attempted theft.

I think the difficulty vanishes if *R. v. Martin*, *supra*, is read in the light of the jurisdiction given by *Cr. Code*, s. 1021(1), and Civil Appeal Rule 5 to which there was no occasion for that decision to refer. One of the tests of the admissibility of fresh evidence in a criminal case, that "it might reasonably have induced the jury or the tribunal of fact to change its view regarding the guilt of the accused" ([1945] 1 D.L.R. at p. 130, 82 Can. C.C. at p. 313, 60 B.C.R. at pp. 556-7), visualizes a condition existing if the fresh evidence had been in fact adduced in the Court below. It is not to be read as if that test cannot be complied with unless the fresh evidence is sent back with the case for a new trial, for that would deny

Le juge O'Halloran, dissident, traite d'une requête semblable dans l'affaire *R. v. Feeny* (1946), 86 C.C.C. 429, mais le juge en chef Sloan de la Colombie-Britannique a mentionné une telle requête en l'approuvant dans l'arrêt *Buckle*, précité. Voici ce qu'affirme le juge O'Halloran, aux pp. 436 et 437:

[TRADUCTION] La question de savoir s'il faut rendre une ordonnance autorisant l'admission des éléments de preuve, ou permettant d'en prendre connaissance afin de déterminer s'ils doivent être admis, doit dépendre des circonstances de chaque affaire. En l'espèce, comme dans notre arrêt *R. v. Shumarin*, [1928] 1 W.W.R. 300, je n'ai vu aucun inconvénient à les admettre immédiatement. Dans une autre affaire, il se pourrait que les circonstances ne permettent pas d'arriver à une conclusion sans d'abord prendre connaissance des éléments de preuve. Cela concernerait bien entendu l'admissibilité de ces éléments de preuve à titre d'éléments nouveaux.

Mais lorsqu'ils sont acceptables à titre d'éléments de preuve nouveaux et admis en tant que tels, il ne s'ensuit pas que l'affaire doit être renvoyée pour un nouveau procès. Il y a sans doute des cas où les circonstances peuvent être telles que la Cour d'appel conclurait qu'il serait dans l'intérêt de la justice d'ordonner un nouveau procès plutôt que d'exercer les pouvoirs que lui confèrent le par. 1021(1) du *Code criminel* et l'article 5 des Règles d'appel en matière civile. Mais on ne saurait passer sous silence la compétence que ces articles du *Code criminel* et des Règles d'appel en matière civile confèrent à la cour et, dans un cas comme l'espèce, où les éléments de preuve nouveaux contredisent ceux qu'on veut corroborer, j'estime qu'il y a lieu d'exercer cette compétence et de substituer une déclaration de culpabilité de tentative de vol.

Je pense que la difficulté disparaît si l'on interprète l'arrêt *R. v. Martin*, précité, en fonction de la compétence conférée par le par. 1021(1) du *Code criminel* et par l'article 5 des Règles d'appel en matière civile que cet arrêt n'avait pas à mentionner. L'un des critères d'admissibilité des éléments de preuve nouveaux dans une affaire criminelle, savoir qu'il est raisonnable de penser qu'ils auraient pu inciter le jury ou le juge des faits à modifier son point de vue concernant la culpabilité de l'accusé ([1945] 1 D.L.R., à la p. 130, 82 Can. C.C., à la p. 313, 60 B.C.R., aux pp. 556 et 557), envisage la situation qui existerait si le tribunal d'instance inférieure avait en fait été saisi des éléments de preuve nouveaux. On ne doit pas interpréter ce critère comme ne pouvant être respecté que si les éléments de preuve nouveaux sont renvoyés avec l'affaire en vue de

the jurisdiction conferred by *Cr. Code*, ss. 1015 and 1021(1).

I agree with O'Halloran J.A. that there is a distinction between an order which actually admits the proffered evidence and one which allows consideration of the evidence for the purpose of determining whether it will be admitted. I also agree that a new trial will not be required in every case, for there will be cases where the new evidence may be so conclusive that the Court of Appeal can determine the proceedings on its own. O'Halloran J.A.'s words in *Feeny* would appear to be the first direct assertion of such a power in a court of appeal in the Canadian cases. His view, however, has received support in later authority: see *Buckle* and *McMartin*, *supra*. In *R. v. Kissick* (1951), 100 C.C.C. 130 (Man. C.A.), affirmed in this Court [1952] 1 S.C.R. 343, convictions for conspiracy to possess and sell narcotics, contrary to *The Opium and Narcotic Drug Act*, 1929, S.C. 1929, c. 49, were recorded at trial. The nature of the substance found in possession was proved by the certificates of analysts who were not called at trial. These certificates were receivable under *The Opium and Narcotic Drug Act*, 1929, but a question arose on the appeal as to whether they were admissible in a prosecution under the *Criminal Code*. The Crown was allowed to adduce fresh evidence by calling the analysts who gave evidence *viva voce* in the Court of Appeal. On this basis, the convictions were affirmed over the defence submission that there should have been a new trial upon the admission of the new evidence. Dysart J.A. stated for the Court, at p. 135:

If fresh evidence is receivable under s. 1021(1) "for the purposes of an appeal", surely it must be available for any and all of those "purposes", one of which is to confirm a conviction if justice so demands. And s. 1014 directs that an appeal which cannot be otherwise disposed of shall be dismissed. These two sections give this Court a jurisdiction which must be allowed to prevail. [Emphasis added.]

tenir un nouveau procès, car ce serait nier la compétence conférée par l'art. 1015 et le par. 1021(1) du *Code criminel*.

Je conviens avec le juge O'Halloran qu'il y a une différence entre une ordonnance qui admet effectivement la preuve offerte et une autre qui autorise l'examen de cette preuve afin de déterminer si elle doit être admise. Je conviens aussi qu'un nouveau procès n'est pas toujours nécessaire car il y a des cas où les nouveaux éléments de preuve peuvent être à ce point concluants que la Cour d'appel peut elle-même statuer sur l'affaire. Il semblerait que la première affirmation directe d'un tel pouvoir pour une cour d'appel dans la jurisprudence canadienne soit ce qu'a dit le juge O'Halloran dans l'arrêt *Feeny*. Son opinion, cependant, est appuyée par la jurisprudence subséquente: voir les arrêts *Buckle* et *McMartin*, précités. Dans l'affaire *R. v. Kissick* (1951), 100 C.C.C. 130 (C.A. Man.), confirmée en cette Cour, [1952] 1 R.C.S. 343, des déclarations de culpabilité de complot de possession et de vente de stupéfiants, contrairement à la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques*, 1929, S.C. 1929, chap. 49, avaient été inscrites en première instance. La nature de la substance trouvée en la possession des accusés avait été établie par les certificats d'analystes qui n'avaient pas été appelés à témoigner au procès. Ces certificats étaient admissibles en vertu de la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques*, 1929, mais on s'est demandé en appel s'ils étaient admissibles dans des poursuites intentées en vertu du *Code criminel*. Le ministère public a été autorisé à présenter des éléments de preuve nouveaux en appelant les analystes à témoigner de vive voix en Cour d'appel. Sur ce fondement, les déclarations de culpabilité ont été confirmées, malgré l'argument de la défense portant qu'il y aurait dû y avoir un nouveau procès suite à l'admission des nouveaux éléments de preuve. Le juge Dysart dit, au nom de la Cour, à la p. 135:

[TRADUCTION] Si des éléments de preuve nouveaux sont recevables en vertu du par. 1021(1) «Pour les fins d'appel», sûrement ils doivent pouvoir servir à toutes et chacune de ces «fins», dont l'une est de confirmer une déclaration de culpabilité si la justice l'exige. Et l'art. 1014 prescrit qu'un appel sur lequel on ne peut statuer autrement doit être rejeté. Ces deux articles confèrent à la Cour une compétence qui doit pouvoir prévaloir. [Je souligne.]

He referred to *Feeny* and said that if the evidence is inconclusive or indefinite, it should go to the jury. He then said, at p. 136:

But where the evidence is in its nature conclusive, the Court can deal with it with equal safety and greater efficiency than a jury can. Such evidence ought not to be the only ground for ordering a new trial; it should be dealt with by the Court with finality.

And further, after admitting there was a paucity of authority and citing *Buckle*, he said, at pp. 136-37:

First principles may be invoked. They require that in the interests of justice, a case that becomes perfectly clear in this Court and can have but one ending, ought to be disposed of by this Court, and should not be sent back, through a long, expensive and difficult trial, to be disposed of by the jury in necessarily the same way.

In this Court, the Court of Appeal was confirmed by a majority. Taschereau J. said, at p. 356, that as "The fresh evidence was in its nature conclusive and did not reveal new facts that might influence a jury in coming to a conclusion", it would be appropriate to confirm the convictions. He emphasized that the accuracy of the facts contained in the improperly admitted certificates was not in issue. The Court of Appeal in acting on the evidence of the analysts was merely correcting an error upon which the jury acted and it "put the case in exactly the position in which the jury believed it to be, when they convicted the accused" (p. 356). Estey J., concurring, said, at p. 361:

On the contrary, the relevant provisions of the Criminal Code rather contemplate that the evidence so received shall form a part of the record and be considered along with the evidence taken at the trial. If the court of appeal finds that there are reasons within s. 1014(1)(a), (b) and (c) to allow the appeal, it will do so, but, if not, then under s. 1014(1)(d) it will dismiss the appeal.

He added that calling the analysts placed on the record facts which had erroneously been treated as admissible evidence at trial, stating, at p. 362, that: "In effect, it was, therefore, a change in form

Il s'est référé à l'arrêt *Feeny* pour dire que, si l'élément de preuve n'est pas concluant ni décisif, il faut le soumettre à l'appréciation du jury. Il dit alors, à la p. 136:

^a [TRADUCTION] Mais, lorsque l'élément de preuve est de nature concluante, la cour peut le traiter tout aussi sûrement et plus efficacement qu'un jury. Cet élément ne devrait pas être l'unique motif d'ordonner un nouveau procès; la cour devrait statuer définitivement sur celui-ci.

Et de plus, après avoir reconnu le manque de précédents et avoir cité l'arrêt *Buckle*, il a affirmé aux pp. 136 et 137:

^c [TRADUCTION] On peut invoquer les principes premiers. Ils exigent que, dans l'intérêt de la justice, une affaire qui devient parfaitement claire en cette cour et qui ne peut se terminer que d'une seule façon, soit tranchée par cette cour et non renvoyée, après un procès long, coûteux et difficile, pour être jugée nécessairement de la même façon par le jury.

La Cour à la majorité a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel. Le juge Taschereau a affirmé, à la p. 356, que puisque [TRADUCTION] «les éléments de preuve nouveaux étaient de nature concluante et ne révélaient aucun fait nouveau susceptible d'amener le jury à conclure dans un sens donné», il serait approprié de confirmer les déclarations de culpabilité. Il a souligné que l'exactitude des faits rapportés dans les certificats irrégulièrement admis n'était pas en cause. La Cour d'appel, en agissant sur la foi des témoignages des analystes, n'a fait que corriger une erreur en fonction de laquelle le jury avait agi et elle [TRADUCTION] «a situé l'affaire exactement au même point que le jury avait cru qu'elle était lorsqu'il a reconnu l'accusé coupable» (à la p. 356). Le juge Estey, dans ses motifs concordants, dit, à la p. 361:

[TRADUCTION] Au contraire, les dispositions pertinentes du Code criminel prévoient plutôt que l'élément de preuve reçu doit être versé au dossier et considéré avec les éléments de preuve soumis au procès. Si la cour d'appel constate qu'il y a des motifs, au sens des al. 1014(1)a), b) et c), d'accueillir l'appel, elle doit le faire, sinon, elle doit rejeter l'appel en vertu de l'al. 1014(1)d).

Il ajoute que la citation à témoigner des analystes a eu pour effet de verser au dossier des faits considérés, à tort, comme des éléments de preuve admissibles au procès, affirmant à la p. 362: [TRA-

rather than substance upon an issue in respect of which contentions were not raised at the trial. No reason is suggested why a jury, acting judicially, would not have come to the same conclusion". Locke J. said, at pp. 369-70:

Section 1021 permits the taking of further evidence "for the purposes of an appeal under this part." I see no ambiguity in this language nor anything in the section or elsewhere in the sections relating to criminal appeals restricting, or indicating any intention of restricting the effect to be given by the court to the further evidence in exercising its powers under section 1014. I respectfully agree with Mr. Justice Dysart that the evidence given before the Court of Appeal in this matter is as nearly conclusive as oral testimony can be and that it was within the powers of the Court to affirm the conviction and dismiss the appeals.

The same problem arose in *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386 (Ont. C.A.) Corroboration was required of the testimony of a witness. The corroborating witness died after giving evidence at the preliminary hearing, but before trial. At trial, it was not shown that the accused was present when the deceased witness gave evidence. The trial judge refused to reopen the case to permit evidence which would have cured the defect and acquitted the accused. On appeal, the Court of Appeal admitted the evidence, set aside the acquittals, and substituted convictions. McLennan J.A., speaking for the Court, said, at p. 390:

... the presentation of the defence could not be and was not prejudiced by the absence of formal proof that the accused was present at the preliminary inquiry when the deceased witness gave her evidence.

He added:

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

DUCTION] «En effet, il s'agissait donc d'une modification de forme plutôt que de fond, sur un point qui n'avait pas fait l'objet de contestations au procès. On n'a soumis aucune raison pour laquelle un jury, agissant judiciairement, ne serait pas arrivé à la même conclusion». Le juge Locke dit, aux pp. 369 et 370:

[TRADUCTION] L'article 1021 permet de recevoir des éléments de preuve additionnels «Pour les fins d'appel, aux termes de la présente Partie». Je ne vois aucune ambiguïté dans ces termes ni rien dans l'article ou ailleurs dans les articles traitant des appels en matière criminelle, qui limite, ou indique quelque intention de limiter, l'effet que la cour doit donner à l'élément de preuve supplémentaire, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'art. 1014. Avec égards, je reconnais avec le juge Dysart que la preuve dont la Cour d'appel a été saisie en l'espèce est concluante à cet égard presque autant qu'un témoignage oral peut l'être et qu'il entrerait dans les pouvoirs de la cour de confirmer la déclaration de culpabilité et de rejeter les appels.

Le même problème s'est posé dans l'affaire *R. v. Huluszkiw* (1962), 37 C.R. 386 (C.A. Ont.) La déposition d'un témoin devait être corroborée. Le témoin qui devait la corroborer est décédé après avoir témoigné à l'enquête préliminaire, mais avant le procès. Au procès, il n'a pas été démontré que l'accusé était présent lorsque le témoin décédé a témoigné. Le juge de première instance a refusé de rouvrir le dossier pour permettre de recevoir la preuve qui aurait remédié au vice et a acquitté l'accusé. En appel, la Cour d'appel a admis la preuve, a annulé les acquittements et les a remplacés par des déclarations de culpabilité. Le juge McLennan, s'exprimant au nom de la cour, dit, à la p. 390:

[TRADUCTION] ... la présentation de la défense ne pouvait pas subir de préjudice, et n'en a pas subi, à cause de l'absence de preuve formelle que l'accusé était présent à l'enquête préliminaire, au moment où le témoin décédé a témoigné.

Et d'ajouter:

[TRADUCTION] Il serait malheureux que les fins de la justice soient contournées par l'inadvertance dont a fait preuve un avocat en ne prouvant pas ce qui est essentiellement une question de forme concernant la procédure, pourvu toujours que la présentation d'un élément de preuve supplémentaire, quelle qu'en soit sa nature, se

opposite party so far as the presentation of that case is concerned.

A similar problem arising in unusual circumstances was considered in *R. v. Boles* (1984), 57 A.R. 232 (C.A.) In a *per curiam* judgment, the Court followed *Kissick* and expressed the view that in acting under the powers given in s. 610 of the *Criminal Code* the Court could sustain a conviction as well as quash a conviction.

It would appear from the foregoing authorities then, that cases where the Court of Appeal has proceeded to deal conclusively with fresh evidence, without directing a new trial, have been those where the proffered evidence has gone to what may be termed technical and procedural defects, or where it has disclosed errors in the admission of evidence, and then only when the evidence itself was clearly conclusive of the issues on appeal. However, where it is not in itself so conclusive but, nevertheless, has such probative force that it could reasonably—when considered along with the other evidence adduced at trial—alter the trial verdict, it would be for the Court to order a new trial at which the trier of fact could hear and determine the issue. For an English case on this point, see *R. v. Flower*, [1966] 1 Q.B. 146 (C.C.A.)

The procedure which should be followed when an application is made to the Court of Appeal for the admission of fresh evidence is that the motion should be heard and, if not dismissed, judgment should be reserved and the appeal heard. In this way, the Court of Appeal has the opportunity to consider the question of fresh evidence against the whole background of the case and all the other evidence in the case. It is then in a position where it can decide realistically whether the proffered evidence could reasonably have been expected to affect the result of the case. If, then, having heard the appeal, the court should be of the opinion that the evidence could not reasonably have affected the result, it would dismiss the application for the

fasse dans un but honnête et qu'il n'y ait pas de conséquence injuste pour la partie adverse, en ce qui concerne la présentation de sa preuve.

Un problème semblable, apparu dans des circonstances inhabituelles, a été étudié dans l'arrêt *R. v. Boles* (1984), 57 A.R. 232 (C.A.) Dans un arrêt *per curiam*, la cour a suivi l'arrêt *Kissick* et exprimé l'avis qu'en agissant en vertu des pouvoirs conférés par l'art. 610 du *Code criminel*, elle pouvait confirmer une déclaration de culpabilité tout autant que l'annuler.

Il semblerait donc découler de la jurisprudence qui précède que, lorsque la Cour d'appel a statué définitivement sur l'élément de preuve nouveau, sans ordonner un nouveau procès, il s'agissait d'affaires où l'élément de preuve soumis visait ce qu'on peut appeler des vices de formes ou de procédure, ou encore où il avait révélé l'existence d'erreurs dans l'admission de la preuve, et alors seulement où l'élément de preuve lui-même était nettement concluant quant aux questions portées en appel. Toutefois, lorsque l'élément de preuve n'est pas en lui-même concluant à ce point, mais qu'il revêt néanmoins une force probante telle qu'il serait raisonnable de penser qu'il pourrait, pris conjointement avec les autres éléments de preuve soumis au procès, modifier le verdict rendu au procès, la cour devrait alors ordonner un nouveau procès pour permettre au juge des faits d'être saisi de la question et de statuer sur celle-ci. Pour un précédent anglais à ce sujet, voir l'arrêt *R. v. Flower*, [1966] 1 Q.B. 146 (C.C.A.)

La procédure qui devrait être suivie lorsque la Cour d'appel est saisie d'une demande d'admission d'éléments de preuve nouveaux consiste à entendre la requête pour ensuite, si elle n'est pas rejetée, la mettre en délibéré et entendre l'appel. De cette façon, la Cour d'appel a la possibilité d'examiner la question des éléments de preuve nouveaux en fonction de l'ensemble de l'affaire et de tous les autres éléments de preuve s'y rapportant. Elle est alors en mesure de décider réalistement si on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la preuve offerte influe sur l'issue de l'affaire. Alors, si après avoir entendu l'appel, la cour était d'avis qu'on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce que cette preuve influe sur l'issue du procès, elle

introduction of fresh evidence and proceed to a disposition of the appeal. On the other hand, if it should be of the view that the fresh evidence is of such nature and effect that, taken with the other evidence, it would be conclusive of the issues in the case, the Court of Appeal could dispose of the matter then and there. Where, however, the fresh evidence does not possess that decisive character which would allow an immediate disposition of the appeal but, nevertheless, has sufficient weight or probative force that if accepted by the trier of fact, when considered with the other evidence in the case, it might have altered the result at trial, the Court of Appeal should admit the proffered evidence and direct a new trial where the evidence could be heard and the issues determined by the trier of fact. This approach is consistent with that taken in *Palmer, supra*, where it was said, at pp. 776-77:

Because the evidence was not available at trial and because it bears on a decisive issue, the inquiry in this case is limited to two questions. Firstly, is the evidence possessed of sufficient credibility that it might reasonably have been believed by the trier of fact? If the answer is no that ends the matter but if yes the second question presents itself in this form. If presented to the trier of fact and believed, would the evidence possess such strength or probative force that it might, taken with the other evidence adduced, have affected the result? If the answer to the second question is yes, the motion to adduce new evidence would have to succeed and a new trial be directed at which the evidence could be introduced.

This statement must be read, however, subject to the power of the Court of Appeal to deal with the matter when the proffered evidence is clear and conclusive of the result.

After this appeal had been heard, the Court invited submissions from counsel on the question of whether the Court of Appeal, having admitted the evidence without reserving judgment on the preliminary motion, could on further consideration and on its own motion amend its order and reject the evidence. I do not consider it necessary, however, to consider the limits of power of a court to so amend its orders. Nobody sought to have the

rejetterait la requête visant la production d'éléments de preuve nouveaux, pour ensuite statuer sur l'appel. D'autre part, si elle était d'avis que les éléments de preuve nouveaux sont de telle nature que, joints aux autres éléments de preuve, ils seraient concluants quant aux points en litige, la Cour d'appel pourrait alors statuer séance tenante sur l'affaire. Toutefois, si les éléments de preuve nouveaux n'ont pas ce caractère décisif qui permet de statuer immédiatement sur l'appel et qu'ils ont néanmoins suffisamment de poids ou de force probante pour être susceptible, si le juge des faits les accepte et s'ils sont pris conjointement avec les autres éléments de preuve offerts, d'influer sur l'issue du procès, la Cour d'appel devrait alors les admettre et ordonner un nouveau procès où le juge des faits pourrait être saisi de ces éléments et statuer en conséquence. Ce point de vue est conforme à celui adopté dans l'arrêt *Palmer*, précité, où il est dit, aux pp. 776 et 777:

Puisque la déposition n'était pas disponible au procès et qu'elle porte sur une question décisive, l'étude en l'espèce se limite à deux points. Premièrement, la déposition présente-t-elle suffisamment de vraisemblance pour que le juge du fond ait raisonnablement pu la croire? Si la réponse est négative, la question est réglée, mais si elle est affirmative, il faut se poser la seconde question en ces termes. Si la déposition est présentée au juge du fond qui y ajoute foi, aura-t-elle un poids et une force probante tels qu'elle puisse, compte tenu des autres éléments de preuve produits, influencer sur le résultat? Si la réponse à la seconde question est affirmative, la requête en production de nouveaux éléments de preuve doit être accueillie et un nouveau procès ordonné au cours duquel la déposition pourra être produite.

Toutefois, ce passage doit être interprété en fonction du pouvoir qu'a la Cour d'appel de statuer sur l'affaire lorsque les éléments de preuve offerts sont clairs et décisifs.

Après avoir procédé à l'audition du pourvoi, la Cour a invité les avocats à débattre la question de savoir si la Cour d'appel, après avoir admis les éléments de preuve sans mettre en délibéré la requête préliminaire, pouvait, après plus ample examen et de son propre chef, modifier son ordonnance et rejeter lesdits éléments de preuve. Je n'estime pas nécessaire cependant d'examiner les limites du pouvoir d'un tribunal de modifier ainsi

court reconsider its position on the matter and it did not purport to do so. I am in agreement with the written submission of counsel for the appellant that the issue, therefore, is not before us.

In considering the case now before us, I would make no comment on the weight of the new evidence which was admitted in the Court of Appeal. I would say that the Court of Appeal, having admitted the fresh evidence—and it must be assumed they did so on the basis that it could reasonably have affected the result—could not later conclude that it had no such effect, for to do so would have been to encroach upon the jury's role and weigh the evidence themselves. The evidence, once admitted, could have been relied upon to dispose of the appeal only if it were clearly decisive. It is clear that the Court did not regard it in that light. In such circumstances, then, a new trial was required where the evidence could be weighed and dealt with by a jury. I would add that the questioned evidence is not, in my view, of such nature as to permit the Court of Appeal to dispose of the matter without a new trial. It is not in itself conclusive. It does not go to any formal or procedural defect; it is simply documentary evidence which is said to support the evidence of the wife of the appellant which, in turn, goes to the movements and whereabouts of the appellant at certain times and was thus relevant to the question of his participation in the crime and his guilt or innocence. I would allow the appeal and direct a new trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Department of the Attorney General, Winnipeg.

ses ordonnances. Nul n'a demandé à la cour de réviser sa position sur le sujet et elle ne paraît pas l'avoir fait. Je souscris à l'argumentation écrite de l'avocat de l'appelant portant que nous ne sommes
a donc pas saisi de la question.

Pour ce qui est de l'espèce dont nous sommes saisis, je ne me prononce pas sur le poids des éléments de preuve nouveaux admis en Cour d'appel. Je me contenterai de dire que la Cour d'appel, ayant admis les éléments de preuve nouveaux, et il faut présumer qu'elle les a admis parce qu'il était raisonnable de croire qu'ils auraient pu influencer sur l'issue du procès, ne pouvait par la suite conclure qu'ils n'avaient pas cet effet, car si elle l'avait fait, elle aurait empiété sur le rôle du jury et aurait apprécié les éléments de preuve elle-même. Les éléments de preuve, une fois admis, pouvaient être
c invoqués pour statuer sur l'appel seulement s'ils
d étaient clairement décisifs. Il est manifeste que la Cour d'appel ne les a pas considérés dans cette optique. Alors, dans de telles circonstances, il était
e nécessaire d'avoir un nouveau procès où le jury pourrait apprécier la preuve et statuer sur celle-ci. J'ajouterais que les éléments de preuve controversés ne sont pas, à mon avis, de nature telle qu'ils autorisent la Cour d'appel à statuer sur la question sans un nouveau procès. Il ne sont pas concluants
f en soi. Ils ne visent pas quelque vice de forme ou de procédure; il s'agit simplement d'éléments de preuve documentaire dont on dit qu'ils appuient le témoignage de la femme de l'appelant qui, à son tour, porte sur les allées et venues de l'appelant à
g certains moments, et qui étaient donc pertinents quant à la question de sa participation au crime et de sa culpabilité ou de son innocence. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau
h procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Winnipeg.