

Michael William Dobberthien *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1974: May 28; 1974: October 1.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Criminal law — Evidence — Order excluding witnesses—Crown witnesses failing to comply and permitted to testify—Trial judge expressly reserving question of weight to be attached to rebuttal evidence of only one witness—Whether error in law—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 618 (1).

The appellant was convicted at trial for having narcotics in his possession for the purpose of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. At the outset of the trial an order excluding all witnesses was granted on the application of counsel for the appellant. Despite this order a number of Crown witnesses remained in the court-room while defence evidence was being given and later were called in rebuttal. Although the trial judge expressly reserved to himself the question of the weight to be attached to the evidence of one of these witnesses, no similar reservation was expressly stated in relation to the evidence of the others. On appeal, the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, by a majority, affirmed the appellant's conviction. An appeal under s. 618(1) of the *Criminal Code* was then brought to this Court.

Held (Laskin C.J. and Spence J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.: In criminal cases where a trial judge has ordered witnesses to be excluded from the court-room, the rule is that if a witness nevertheless remains in court (a) he is not necessarily disqualified, although, in certain circumstances, the trial judge may exclude his evidence; (b) the weight, if any, to be given to his evidence is for the jury, or for

Michael William Dobberthien *Appelant*;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée*.

1974: le 28 mai; 1974: le 1^{er} octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ALBERTA

Droit criminel—Preuve—Ordre d'exclusion des témoins—Témoins du ministère public qui refusent d'obtempérer et à qui l'on permet de témoigner—Le juge du procès se réserve expressément la question du poids à accorder au témoignage, reçu en contre-preuve, d'un témoin seulement—S'agit-il d'une erreur de droit?—Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 618 (1).

Une déclaration de culpabilité a été prononcée contre l'appelant en première instance pour possession de stupéfiants aux fins d'en faire le trafic, contrairement au par. (2) de l'art. 4 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970 c. N-1. Au début du procès, un ordre d'exclusion de tous les témoins a été donné à la demande de l'avocat de l'appelant. Malgré cet ordre, un certain nombre de témoins pour le ministère public sont demeurés dans la salle d'audience pendant que la défense faisait entendre ses témoins, et ceux-là ont plus tard été appelés en contre-preuve. Bien que le juge du procès se soit expressément réservé la question du poids à accorder au témoignage d'un de ces témoins, aucune réserve similaire n'a été énoncée de façon expresse à l'égard des témoignages des autres témoins. En appel, un arrêt de la majorité de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant. Un pourvoi formé en vertu du par. (1) de l'art. 618 du *Code criminel* a alors été interjeté devant cette Cour.

Arrêt (le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré: Dans les causes criminelles, lorsqu'un juge de première instance ordonne que les témoins soient exclus de la salle d'audience, la règle prévoit que si, néanmoins, un témoin reste dans la salle d'audience a) il n'est pas nécessairement inhabile à témoigner, bien qu'en certaines circonstances le juge de première instance puisse exclure

the judge, if there is no jury, to decide. Under the present circumstances, where the trial judge had expressly indicated his understanding of the rule in the case of one of the rebuttal witnesses, it should be assumed that he governed himself by the same considerations in evaluating the testimony of the other witnesses who remained in court notwithstanding the order excluding them. Accordingly, no question of substantial wrong or miscarriage of justice arose in this case.

Per Laskin C.J. and Spence J., dissenting: It was with respect to the rebuttal evidence of only one of the Crown witnesses that the trial judge mentioned the necessity to caution himself as to the weight it should be given. He regarded the evidence given by the other witnesses, upon the rebuttal, as being important, but the record indicated that he did not feel under any compulsion to consider the effect on the weight of their evidence caused by their remaining in court to hear the very evidence which they later, in their testimony, rebutted. There was error in law not in the failure to recite the caution as to these witnesses but rather in the failure to realize that a caution was required.

[*Moore v. Lambeth County Court Registrar*, [1969] 1 W.L.R. 141; *Cook v. Nethercotte* (1835), 6 Car. & P. 741, 172 E.R. 1443; *Thomas v. David* (1836), 7 Car. & P. 350, 173 E.R. 156; *Chandler v. Horne* (1842), 2 M. & Rob. 423, 174 E.R. 338; *R. v. Briggs* (1930), 22 Cr. App. R. 68; *R. v. Thompson*, [1967] Crim. L.R. 62; *Black v. Besse* (1887), 12 O.R. 522; *R. v. Carefoot* (1948), 90 C.C.C. 331, referred to.]

APPEAL from a judgment of the majority of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta¹, affirming the appellant's conviction at trial for having narcotics in his possession for the purpose of trafficking contrary to s. 4 (2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Spence J. dissenting.

¹ [1973] 6 W.W.R. 539, 13 C.C.C. (2d) 513.

son témoignage; b) le poids, si poids il y a, à accorder à son témoignage est une question qui doit être décidée par le jury ou, dans les procès sans jury, par le juge. Dans les circonstances présentes, où le juge de première instance a expressément indiqué sa connaissance de la règle dans le cas d'un des témoins appelés en contre-preuve, on doit présumer qu'il s'est laissé guider par les mêmes considérations en appréciant le témoignage des autres témoins qui sont demeurés dans la salle d'audience malgré l'ordonnance les excluant. Il n'y a donc en l'espèce ni tort important ni erreur judiciaire grave.

Le juge en chef Laskin et le juge Spence, dissidents: Ce n'est qu'à l'égard du témoignage fourni en contre-preuve par l'un des témoins du ministère public que le juge de première instance a souligné la nécessité de se mettre en garde quant au poids à accorder à ce témoignage. Il a considéré comme importants les témoignages fournis en contre-preuve par d'autres témoins, mais le dossier a démontré qu'il n'a pas cru qu'il avait l'obligation de s'interroger sur l'effet qu'avait sur le poids de leurs témoignages le fait qu'ils étaient demeurés dans la salle d'audience pour entendre la preuve même que plus tard, dans leur témoignage, ils ont contredite. Il y a eu une erreur de droit non pas dans l'omission d'énoncer la mise en garde quant à ces témoins mais plutôt dans l'omission de se rendre compte que se mettre en garde était de règle.

[Arrêts mentionnés: *Moore v. Lambeth County Court Registrar*, [1969] 1 W.L.R. 141; *Cook v. Nethercotte* (1835), 6 Car. & P. 741, 172 E.R. 1443; *Thomas v. David*, (1836), 7 Car. & P. 350, 173 E.R. 156; *Chandler v. Horne* (1842), 2 M. & Rob. 423, 174 E.R. 338; *R. v. Briggs* (1930), 22 Cr. App. R. 68; *R. v. Thompson*, [1967] Crim. L.R. 62; *Black v. Besse* (1887), 12 O.R. 522; *R. v. Carefoot* (1948), 90 C.C.C. 331.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la majorité de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta¹, confirmant la déclaration de culpabilité prononcée contre l'appelant en première instance pour possession de stupéfiants aux fins d'en faire le trafic, contrairement au par. (2) de l'art. 4 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents.

¹ [1973] 6 W.W.R. 539, 13 C.C.C. (2d) 513.

R. Sadownik, for the appellant.

A. A. Sarchuk, Q.C., for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Spence J. was delivered by

SPENCE J. (*dissenting*)—I have had the opportunity of reading the reasons for judgment which are being delivered by Ritchie J. With respect, I must differ with my learned brother's conclusion. I am of the opinion that Sinclair J.A., in his dissenting reasons in the Appellate Division of the Province of Alberta, accurately cited the practice with respect to the exclusion of witnesses that ought to be followed in a criminal case, as follows:

1. The trial judge may order any witness, other than the accused, excluded from the court room. Such a direction will ordinarily apply to all witnesses whose names are listed on the indictment, to any other persons who may be called by the prosecution, and to witnesses who may be called by the accused.
2. Unless otherwise directed by the judge, such a witness must remain outside the court room until all of the evidence, including that given in rebuttal is completed.
3. If a witness nevertheless remains in court:
 - (a) he is not necessarily disqualified, although, in certain circumstances, the trial judge may exclude his evidence.
 - (b) the weight, if any, to be given to his evidence is for the jury, or for the judge, if there is no jury, to decide.

In my opinion, the discretion exercised by Bowen J. when he received the evidence of the various witnesses who had remained in the court room despite the order for their exclusion made at the commencement of the hearing, cannot be criticized. Bowen J. realized that when exercising his discretion to receive the evidence of such a witness he should none the less have regard for the fact that the witness had wilfully disobeyed the order of the Court by remaining in the court-room despite the order for exclusion and should consider that in weighing

R. Sadownik, pour l'appelant.

A. A. Sarchuk, c.r. pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et du juge Spence a été rendu par

LE JUGE SPENCE (*dissent*)—J'ai eu l'occasion de lire les motifs de jugement qui sont en voie d'être déposés par le juge Ritchie. Avec respect, je ne puis être d'accord avec la conclusion de mon savant collègue. Je suis d'avis que le juge d'appel Sinclair, dans ses motifs dissidents à la Division d'appel de la province d'Alberta, a décrit avec justesse la pratique à suivre à l'égard de l'exclusion des témoins dans les affaires criminelles, comme suit:

- [TRADUCTION] 1. Le juge de première instance peut ordonner que tout témoin, autre que l'accusé, soit exclu de la salle d'audience. Une telle directive s'appliquera ordinairement à tous les témoins dont les noms sont mentionnés dans l'acte d'accusation, à toute autre personne qui peut être appelée par le ministère public, et aux témoins qui peuvent être appelés par l'accusé.
2. A moins que le juge n'en ordonne autrement, ce témoin devra demeurer en dehors de la salle d'audience tant que l'audition des témoins, y inclus ceux qui sont appelés en contre-preuve, n'aura pas été complétée.
 3. Si, néanmoins, un témoin reste dans la salle d'audience:
 - a) il n'est pas nécessairement inhabile à témoigner, bien qu'en certaines circonstances le juge de première instance puisse exclure son témoignage.
 - b) le poids, si poids il y a, à accorder à son témoignage est une question qui doit être décidée par le jury ou, dans les procès sans jury, par le juge.

A mon avis, la discrétion exercée par le juge Bowen lorsqu'il a reçu le témoignage des différents témoins qui étaient demeurés dans la salle d'audience malgré l'ordre d'exclusion prononcé au début de l'enquête, ne peut pas être critiquée. Le juge Bowen a vu qu'en exerçant sa discrétion pour recevoir le témoignage d'un tel témoin il devait néanmoins se rappeler que le témoin avait délibérément désobéi à l'ordre du tribunal en demeurant dans la salle d'audience malgré l'ordre d'exclusion et que cela devait être pris en considération en appréciant le poids du

the evidence of the said witness. I quote the learned trial judge's comments when admitting the evidence of Sergeant John William Fitzpatrick:

I think, sir, this witness will be heard. The question of the weight of his evidence will certainly be weighed by this court.

However, Bowen J. made no similar comment as to the evidence of any of the other witnesses who had heard the order of exclusion and then had remained in the courtroom relying, perhaps, on the fact that they had not been called in chief. I would not be ready to say that such failure to mention the necessity to caution himself as to weight in each of these cases would justify an inference that the learned trial judge had failed to exercise such caution apart from certain important circumstances at the trial. I cite from the transcript as to what occurred when Detective Walter Porfon was called in the Crown's reply:

DETECTIVE WALTER PORFON, sworn, examined by Mr. Mousseau:

Q. Detective Porfon, you were present while Mr. Fallis gave his evidence?

A. Yes, I was.

Q. And—

MR. SADOWNIK: By what right does he have to be present while Fallis gave his evidence? That was one of the conditions that the witnesses be excluded as I understood—

MR. MOUSSEAU: If I may, My Lord, he was not called as a witness in these proceedings. He is now being called as a witness in rebuttal.

MR. SADOWNIK: A witness is a witness. I fail to see the distinction.

THE COURT: I think there is quite a distinction in terms of being able to use the rebuttal evidence properly, Mr. Sadownik. I will allow him to go ahead.

Detective Porfon had been listed as a Crown witness on the indictment but had not been called to give evidence as part of the Crown's

témoignage. Je cite les commentaires du savant juge de première instance lorsqu'il a accepté que le sergent John William Fitzpatrick témoigne:

[TRADUCTION] Je crois, Monsieur, que ce témoin sera entendu. La question du poids de son témoignage sera certainement prise en considération par ce tribunal.

Cependant, le juge Bowen n'a fait aucun commentaire semblable à l'égard des dépositions des autres témoins qui avaient entendu l'ordre d'exclusion et qui, forts, peut-être, du fait qu'ils n'avaient pas été convoqués comme témoins à charge ou à décharge, étaient demeurés dans la salle d'audience. Je ne serais pas prêt à dire qu'une telle omission de mentionner dans chacun de ces cas la nécessité de se mettre en garde quant au poids du témoignage justifie une conclusion que le savant juge de première instance n'a pas pris garde, si ce n'était de certaines circonstances importantes lors du procès. Je puise dans la transcription relativement à ce qui s'est produit lorsque le détective Walter Porfon a été appelé en contre-preuve par le ministère public:

[TRADUCTION] DÉTECTIVE WALTER PORFON, assermenté, interrogé par M. Mousseau:

Q. Détective Porfon, vous étiez présent lorsque M. Fallis a témoigné?

R. Oui, je l'étais.

Q. Et—

M. SADOWNIK: Quel droit avait-il d'être présent lorsque Fallis a témoigné? C'était là une des conditions que les témoins soient exclus, comme j'ai compris—

M. MOUSSEAU: Avec votre permission, votre Seigneurie, il n'a pas été convoqué comme témoin en cette cause. Il est maintenant appelé comme témoin en contre-preuve.

M. SADOWNIK: Un témoin est un témoin. Je ne réussis pas à voir la distinction.

LE TRIBUNAL: Je crois qu'il y a véritablement une distinction quant à la capacité d'utiliser une contre-preuve comme il faut, M. Sadownik. Je vais lui permettre de procéder.

Le détective Porfon avait été mentionné comme témoin à charge sur l'acte d'accusation mais il n'avait pas été cité comme témoin à

case. He was therefore in the same position as Sergeant John William Fitzpatrick as to whom the Court had made the remark which I have quoted above in reference to the weighing of his evidence. Detective Porfon's evidence in rebuttal was most critical. The accused's companion, Fallis, had sworn that it was he and not the accused who placed the prohibited drugs in the trunk of the accused's automobile. Detective Porfon testified, in rebuttal, that Fallis had told him, Detective Porfon, that the appellant himself had placed the drugs in the vehicle.

The learned trial judge was under a duty to warn himself even more strictly as to the evidence of Detective Porfon than as to the evidence of Sergeant Fitzpatrick and yet the learned trial judge was silent as to any such necessity.

Another rebuttal witness was Corporal Murray. He had given evidence upon the Crown's case and he was fully cognizant of the order excluding witnesses because part way through his testimony he noticed that another constable, Meggison, was present despite the order excluding him and pointed out this fact so that Meggison was directed personally by the judge to leave the court-room. Corporal Murray was also recalled in rebuttal and although Sinclair J.A. has come to the conclusion that he had been present during the defence evidence there was no reference to that fact during the course of the trial. I would presume that neither the learned trial judge nor the defence counsel realized that Murray had been present during that period. Corporal Murray gave very important evidence of a conversation which he had with the accused man at the preliminary hearing when the accused had asked Corporal Murray why he wanted a certificate of analysis that indicated there were some empty capsules since the capsules had all been full, and also why the accused's name appeared on the certificate of analysis. Despite a very long cross-examination during his evidence given upon the Crown's case in-chief, Corporal Murray had not referred

charge par le ministère public au procès. Il était par conséquent dans la même position que le sergent John William Fitzpatrick à l'égard de qui le tribunal a fait le commentaire précité quant au poids à donner à son témoignage. Le témoignage du détective Porfon en contre-preuve a été très décisif. Le compagnon de l'accusé, Fallis, avait juré que c'était lui et non l'accusé qui avait placé les drogues prohibées dans le coffre arrière de l'automobile de l'accusé. Or, le détective Porfon a témoigné en contre-preuve que Fallis avait dit à lui, Porfon, que l'appelant avait lui-même mis les drogues dans la voiture.

Le savant juge de première instance avait le devoir de se mettre en garde à l'égard du témoignage du détective Porfon de façon plus rigoureuse encore qu'à l'égard du témoignage du sergent Fitzpatrick et cependant le savant juge de première instance a été muet sur le sujet d'une telle nécessité.

Un autre témoin en contre-preuve a été le caporal Murray. Il avait témoigné comme témoin à charge du ministère public et il était parfaitement au courant de l'ordre ordonnant l'exclusion des témoins étant donné qu'au cours de son témoignage il avait remarqué qu'un autre constable, Meggison, était présent malgré l'ordre d'exclusion, et qu'il en avait signalé le fait de sorte que le juge avait ordonné personnellement à Meggison de se retirer de la salle d'audience. Le caporal Murray a été rappelé également en contre-preuve et bien que le juge d'appel Sinclair en soit venu à la conclusion qu'il était présent durant la preuve de la défense ce fait n'a pas été mentionné au cours du procès. Je présume que ni le savant juge de première instance ni l'avocat de la défense ne se sont rendus compte que Murray avait été présent durant cette période. Le caporal Murray a fourni un témoignage très important au sujet d'une conversation qu'il avait eue avec l'accusé lors de l'enquête préliminaire lorsque l'accusé avait demandé au caporal Murray pourquoi il voulait un certificat d'analyse qui indiquât que quelques-unes des capsules étaient vides puisque toutes les capsules étaient pleines, et pourquoi aussi le nom de l'accusé apparaissait sur le

to this important evidence which might well have been considered an admission by the accused.

The learned trial judge regarded the evidence given by these two witnesses, Detective Porfon and Corporal Murray, upon the rebuttal, as being important. He said:

If there were any doubt in my mind the rebuttal evidence has certainly overcome it, particularly the evidence of Corporal Murray who recited to the Court the statement of the accused at the time of the Preliminary Hearing, when the accused asked why on one certificate it indicated empty capsules—or at least why one certificate indicated empty capsules because they were all full.

Before placing such reliance upon the evidence of these two witnesses, Corporal Murray and Detective Porfon, the learned trial judge should have been careful to consider the effect on the weight of their evidence caused by their remaining in court to hear the very evidence which they later, in their testimony, rebutted. I am, however, of the opinion, with respect, that the learned trial judge did not feel that he was under any such compulsion and I rely upon the remarks which I have quoted above and which I repeat:

I think there is quite a distinction in terms of being able to use rebuttal evidence properly, Mr. Sadownik. I will allow him to go ahead.

I am therefore of the opinion that there was an error in law not in the failure to recite the caution as to these last-two named witnesses but rather in the failure to realize that a caution was required. For that reason, I would allow the appeal.

Sinclair J.A. in giving dissenting reasons in the Appellate Division would have quashed the conviction saying:

certificat de l'analyse. Malgré qu'il eût été contre-interrogé très longuement durant le témoignage qu'il avait donné plus tôt au cours du procès lors de l'audition des témoins à charge du ministère public, le caporal Murray n'avait pas fait mention de cet élément de preuve important qui pouvait fort bien être considéré comme un aveu de l'accusé.

Le savant juge de première instance a considéré comme importants les témoignages fournis en contre-preuve par ces deux témoins, le détective Porfon et le caporal Murray. Il a dit:

[TRADUCTION] Si il y avait quelque doute en mon esprit, la contre-preuve l'a certainement dissipé, particulièrement le témoignage du caporal Murray qui a relaté au tribunal la déclaration que l'accusé a faite lors de l'enquête préliminaire, quand l'accusé a demandé pourquoi sur l'un des certificats on mentionnait des capsules vides—ou au moins pourquoi un certificat mentionnait des capsules vides quand toutes étaient pleines.

Avant de se fonder à ce point sur les témoignages de ces deux témoins, le caporal Murray et le détective Porfon, le savant juge de première instance aurait dû prendre soin de s'interroger sur l'effet qu'avait sur le poids de leurs témoignages le fait qu'ils étaient demeurés dans la salle d'audience pour entendre la preuve même que plus tard, dans leur témoignage, ils ont contredite. Je suis, cependant, d'avis, respectueusement, que le savant juge de première instance n'a pas cru qu'il avait l'obligation de le faire et je me base sur les commentaires que j'ai cités ci-dessus et que je répète:

Je crois qu'il y a véritablement une distinction quant à la capacité d'utiliser une contre-preuve comme il faut, M. Sadownik. Je vais lui permettre de procéder.

Je suis par conséquent d'avis qu'il y a eu une erreur de droit non pas dans l'omission d'énoncer la mise en garde quant à ces deux derniers témoins mais plutôt dans l'omission de se rendre compte que se mettre en garde était de règle. Pour ce motif, j'accueillerais le pourvoi.

Le juge d'appel Sinclair, en donnant ses motifs dissidents en Division d'appel, aurait infirmé la déclaration de culpabilité:

The problem in this case is that the evidence given by the Crown witnesses in rebuttal may be material in a new trial. If such evidence were to be given its value would still be affected by the fact that it came into being, at the first trial, in conditions where its character may have been adversely affected, consciously or unconsciously, by the evidence given by the defence witnesses. For that reason, it seems to me that in the circumstances of this case it would be impossible for the accused to receive a fair trial if a new one were to be directed. Accordingly, a verdict of acquittal ought to be entered.

Surely, that comment would be applicable to any case where an Appellate Court directed a new trial. I think that the matter will have to be handled at that new trial and, therefore, I would, in allowing the appeal and quashing the conviction not enter an acquittal but rather direct a new trial.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the majority of the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta, Mr. Justice Sinclair dissenting, which affirmed the appellant's conviction at trial for having narcotics in his possession for the purpose of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. It appears that no formal order was taken out embodying the conclusion reached by the majority of the Appellate Division or reciting the reasons for Mr. Justice Sinclair's dissent, but the appeal is clearly brought under s. 618(1) of the *Criminal Code* on the ground that that dissent was on a question or questions of law.

Broadly speaking, Mr. Justice Sinclair's dissenting opinion appears to me to be limited to the proposition that, whenever a trial judge has made an order excluding all witnesses and some

[TRANSLATION] La difficulté en l'espèce est que la preuve fournie par les témoins du ministère public en contre-preuve peut être essentielle dans un nouveau procès. Si cette preuve devait être présentée de nouveau, sa valeur sera encore influencée par le fait qu'elle a été révélée, au premier procès, dans des conditions qui ont pu faire en sorte que, consciemment ou inconsciemment, son caractère soit altéré par les témoignages des témoins de la défense. Pour ce motif, il me semble que dans les circonstances de l'espèce il serait impossible pour l'accusé de subir un procès équitable si un nouveau procès était ordonné. Par conséquent, un verdict d'acquiescement devrait être consigné.

Ce commentaire pourrait s'appliquer, on ne peut en douter, à n'importe quel cas où une cour d'appel ordonne un nouveau procès. Je crois que la question devrait être traitée à ce nouveau procès et c'est pourquoi en accueillant le pourvoi et en infirmant la déclaration de culpabilité, je me prononcerais non pas en faveur d'un acquiescement mais plutôt en faveur d'un nouveau procès.

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la majorité de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta qui a confirmé, M. le juge Sinclair étant dissident, la déclaration de culpabilité qui a été prononcée contre l'appelant en première instance pour possession de stupéfiants aux fins d'en faire le trafic, contrairement au par. (2) de l'art. 4 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970 c. N-1. Il semble qu'aucune minute d'ordonnance, renfermant la conclusion tirée par la majorité de la Division d'appel ou énumérant les motifs de la dissidence de M. le juge Sinclair, n'ai été rédigée, mais il est clair que le pourvoi est formé en vertu du par. (1) de l'art. 618 du Code criminel, soit, sur le motif que la dissidence portait sur une question de droit.

De façon générale, l'opinion dissidente de M. le juge Sinclair me semble limitée à la proposition que, lorsqu'un juge de première instance a ordonné l'exclusion de tous les témoins et que

are later called who have remained in court and hear the evidence which they are called to rebut, the trial judge is required, as a matter of law, to instruct himself orally in respect of the evidence of each such witness that he will consider the weight to be given to that evidence in light of the witness having remained in court in breach of the order. In view of the narrow grounds upon which Mr. Justice Sinclair based his reasons for judgment, I do not consider it necessary to deal with the facts which the learned trial judge found to constitute proof of the offence as charged.

At the outset of the trial before Mr. Justice Bowen, counsel for the appellant moved for the exclusion of the witnesses and the learned trial judge made the following order:

All of the witnesses that are in this court room that are going to give evidence in this matter will go outside the court room and will remain there until such time as they are called. And they will not communicate with any witnesses who have given evidence and gone out of the court room.

During the course of the Crown's evidence in chief it was pointed out to the Court that one Constable Meggison, whose name appeared as a witness on the indictment, had remained in the court and he was duly excluded from the courtroom. Constable Meggison was, however, later called for the sole purpose of proving the service on the appellant of the certificates of analysis of the narcotics which had been seized. No objection was taken to this evidence at the time but he was subjected to cross-examination as to the facts by counsel for the appellant. While Mr. Justice Sinclair does not take express objection to Meggison having been called as he was, it is quite apparent that the fact of calling him after the order for exclusion is viewed at least with suspicion by counsel for the appellant.

After the evidence for the defence had been completed three witnesses were called in rebuttal. The first was Corporal Murray who had

plus tard certains témoins qui sont demeurés dans la salle d'audience et ont entendu la preuve qu'on leur demande de contredire sont appelés à témoigner, le juge de première instance doit, comme question de droit, se prescrire oralement à lui-même, à l'égard du témoignage de chacun de ces témoins, qu'il devra évaluer le poids de ce témoignage à la lumière du fait que le témoin est demeuré dans la salle d'audience contrairement à l'ordre donné. En raison du fondement étroit sur lequel M. le juge Sinclair a basé ses motifs de jugement, je ne considère pas nécessaire de traiter des faits que le savant juge de première instance a considérés comme constituant la preuve de l'infraction imputée.

Au début du procès devant M. le juge Bowen, l'avocat de l'appelant a demandé l'exclusion des témoins et le savant juge de première instance a ordonné ce qui suit:

[TRADUCTION] Tous les témoins qui sont dans cette salle d'audience et qui doivent témoigner en cette cause doivent se retirer et demeurer à l'extérieur jusqu'à ce qu'ils soient appelés. Et ils ne doivent communiquer avec aucun de ceux qui, après avoir témoigné, sortent de la salle.

Pendant que le ministère public faisait entendre ses témoins, on a signalé au tribunal à un certain moment qu'un constable nommé Meggison, dont le nom apparaissait comme témoin sur l'acte d'accusation, était demeuré dans la salle d'audience; il fut dûment exclu. Plus tard, cependant, le constable Meggison fut appelé à témoigner, à seule fin de faire la preuve de la signification à l'appelant du certificat d'analyse des stupéfiants qui avaient été saisis. Aucune objection n'a été soulevée au moment où il a témoigné, mais l'avocat de l'appelant l'a contre-interrogé sur les faits de son témoignage. M. le juge Sinclair n'en veut pas expressément au fait que Meggison ait été appelé à témoigner de la façon dont il l'a été, mais il est bien apparent que le fait que ce dernier ait été appelé après l'ordre d'exclusion est considéré au moins avec suspicion par l'avocat de l'appelant.

Après que la défense eut à son tour fait entendre ses témoins, trois témoins ont été appelés en contre-preuve. Le premier a été le

already testified in chief and of whom Mr. Justice Sinclair says:

Although the record is not clear on this point, it seems probable that he had remained in the court room after leaving the stand, and that he was present while the appellant and Fallis testified. No objection was, however, made by counsel for the appellant.

The next Crown witness in rebuttal was Detective Porfon who had been named on the indictment and not previously examined by either side. Counsel for the appellant at once objected and the following colloquy ensued:

MR. SADOWNIK: (for the appellant) By what right does he have to be present while Fallis gave his evidence? That was one of the conditions that the witnesses be excluded as I understood—

MR. MOUSSEAU: (for the Crown) If I may, My Lord, he was not called as a witness in these proceedings. He is now being called as a witness in rebuttal.

MR. SADOWNIK: A witness is a witness. I fail to see the distinction.

THE COURT: I think there is quite a distinction in terms of being able to use the rebuttal evidence properly, Mr. Sadownik. I will allow him to go ahead.

The Crown then called Staff Sergeant Fitzpatrick whose name had appeared on the indictment but who had not been previously examined, although he had been present for part of the appellant's evidence and for that of the appellant's companion, Mr. Fallis. Counsel for the accused again objected and the Court made the following ruling:

THE COURT: I think, sir, this witness will be heard. The question of the weight of his evidence will certainly be weighed by this Court.

The *ratio decidendi* of the dissenting opinion is, in my opinion, aptly summarized in the fol-

caporal Murray, qui avait témoigné à charge lorsque le ministère public avait fait entendre ses témoins; au sujet de ce témoin M. le juge Sinclair dit ceci:

[TRADUCTION] Le dossier n'est pas clair à ce sujet, mais il semble probable qu'il est demeuré dans la salle d'audience après s'être retiré de la barre, et qu'il a été présent pendant que l'appelant et Fallis ont témoigné. Aucune objection, cependant, n'a été soulevée par l'avocat de l'appelant.

Le témoin suivant du ministère public en contre-preuve a été le détective Porfon, qui était mentionné dans l'acte d'accusation et qui n'avait pas été interrogé antérieurement par l'une ou l'autre des parties. L'avocat de l'appelant fit immédiatement objection et le dialogue suivant s'ensuivit:

[TRADUCTION] M. SADOWNIK: (pour l'appelant) Quel droit avait-il d'être présent lorsque Fallis a témoigné? C'était là une des conditions que les témoins soient exclus, comme j'ai compris

M. MOUSSEAU: (pour le ministère public) Avec votre permission, votre Seigneurie, il n'a pas été convoqué comme témoin en cette cause. Il est maintenant appelé comme témoin en contre-preuve.

M. SADOWNIK: Un témoin est un témoin. Je ne réussis pas à voir la distinction.

LE TRIBUNAL: Je crois qu'il y a véritablement une distinction quant à la capacité d'utiliser une contre-preuve comme il faut, M. Sadownik. Je vais lui permettre de procéder.

Le ministère public a ensuite appelé le sergent d'état-major Fitzpatrick dont le nom apparaissait à l'acte d'accusation mais qui n'avait pas été interrogé antérieurement, bien qu'il ait été présent durant une partie du témoignage de l'appelant ainsi que durant le témoignage du compagnon de l'appelant, M. Fallis. L'avocat de l'accusé a encore une fois fait objection et le tribunal a statué comme suit:

[TRADUCTION] LE TRIBUNAL: Je crois, Monsieur, que ce témoin sera entendu. La question du poids de son témoignage sera certainement prise en considération par ce tribunal.

La *ratio decidendi* de l'opinion dissidente est, à mon avis, très bien résumée dans l'alinéa

lowing paragraph of Mr. Justice Sinclair's reasons for judgment:

As I have mentioned, in my opinion none of the Crown witnesses called in rebuttal ought to have been present while defence evidence was being given. The fact that they were undoubtedly affects the weight to be given to their testimony. It was only with respect to the rebuttal evidence given by Detective Sergeant Fitzpatrick that the learned trial judge said he would consider the weight it should be given. However, nowhere did he direct himself as to the weight to be given to the rebuttal evidence of Corporal Murray and Detective Porfon, bearing in mind that it may have been affected by their being present when the very evidence they were called to rebut was being heard. In my view, in the circumstances here, that was a wrong decision on a question of law, and the judgment should be set aside unless this Division is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

In the result Mr. Justice Sinclair would have directed that a verdict of acquittal be entered.

In the course of his reasons for judgment the learned dissenting judge examined a number of cases and appears to have given at least tacit approval to the observations of Edmund Davies L.J. in the case of *Moore v. Lambeth County Court Registrar*², where he said, at p. 142:

No rule of law requires in a trial that the witnesses to be called by one side must all remain out of the court until their turn to give testimony arises. This is purely a matter within the discretion of the court. Indeed, if the court rules that witnesses should be out of court and a witness nevertheless remains inside, while the judge may well express his grave displeasure over such disobedience, he has no right to refuse to hear the evidence of such a witness.

This state of the law has existed in England from the earliest times and reference can conveniently be made to the case of *Cook v.*

² [1969] 1 W.L.R. 141.

sivant les motifs de jugement de M. le juge Sinclair:

[TRADUCTION] Comme je l'ai mentionné, selon moi aucun des témoins du ministère public appelés à témoigner en contre-preuve n'aurait dû être présent durant la preuve de la défense. Le fait qu'ils étaient présents influence sans aucun doute le poids à attribuer à leurs témoignages. C'est seulement à l'égard du témoignage donné en contre-preuve par le sergent-détective Fitzpatrick que le savant juge de première instance a déclaré qu'il prendrait en considération le poids à lui attribuer. Cependant nulle part ne s'est-il donné de directives quant à la valeur à attribuer aux témoignages donnés en contre-preuve par le caporal Murray et le détective Porfon, gardant à l'esprit que leurs dépositions ont pu être influencées par le fait qu'ils étaient présents lorsque les témoignages mêmes qu'ils étaient appelés à contredire ont été entendus. A mon avis, dans les circonstances de l'espèce, il s'agissait là d'une décision erronée sur une question de droit, et le jugement doit être infirmé à moins que cette Division ne soit d'avis qu'il n'y a eu aucun tort important ou erreur judiciaire grave.

En conséquence M. le juge Sinclair aurait ordonné qu'un verdict d'acquiescement soit consigné.

Dans le cours de ses motifs de jugement, le savant juge dissident a étudié un certain nombre d'arrêts et semble avoir donné une approbation au moins tacite aux remarques du Lord juge Edmund Davies dans l'arrêt *Moore v. Lambeth County Court Registrar*², où celui-ci déclare à la page 142:

[TRADUCTION] Aucune règle de droit n'exige que dans un procès les témoins appelés par une des parties doivent demeurer tous hors de la salle d'audience jusqu'à ce qu'arrive leur tour de témoigner. Ceci est une question laissée entièrement à la discrétion du tribunal. En vérité, lorsque le tribunal ordonne l'exclusion des témoins et que malgré cela un témoin demeure à l'intérieur, il n'a pas le droit de refuser d'entendre le témoignage de ce témoin, même s'il peut très bien exprimer son profond mécontentement à l'égard d'une telle désobéissance.

Cette situation juridique a existé en Angleterre depuis les temps les plus lointains et on peut commodément se référer à l'arrêt *Cook v.*

² [1969] 1 W.L.R. 141.

*Nethercotte*³, which is a judgment of Baron Alderson, and *Thomas v. David*⁴, in which Mr. Justice Coleridge presided at Assize in March 1836. In the former case, the headnote reads:

It is no ground for rejecting a witness's evidence, that he remained in Court after an order for all witnesses to leave the Court, it is merely a matter of observation on his evidence.

while in the latter case Coleridge J. stated the rule as follows:

The rule you refer to in in the Court of Exchequer is confined to revenue cases, in other cases, the rule there is the same as it is in the other Courts, namely, that the rejection of the evidence is entirely in the discretion of the Judge; and that being so, I think that under the particular circumstances of this case I shall be exercising sound discretion in rejecting the evidence.

The purport of Coleridge J.'s statement is made even clearer in the headnote of that case which reads:

If a witness come into Court and hear some of the evidence after the witnesses have been ordered out of Court, it is entirely in the discretion of the Judge whether he shall be examined or not; and this is so in the Exchequer as well as in other Courts, the only difference in that Court being confined to revenue cases, in which the rule is strict, that such witnesses cannot be examined.

As the learned trial judge has noted, Mr. Justice Erskine in the case of *Chandler v. Horne*⁵ made the following comment on the treatment to be accorded to witnesses who had remained in court after an order for exclusion:

It used to be formerly supposed that it was in the discretion of the judge whether the witness should be examined. It is now settled and acted upon by all the judges that the judge has no right to exclude the witness; he may commit him for the contempt, but he must be examined; and it is then matter of remark on the value of his testimony that he has wilfully disobeyed the order.

³ (1835), 6 Car. & P. 741, 172 E.R. 1443.

⁴ (1836), 7 Car. & P. 350, 173 E.R. 156.

⁵ (1842), 2 M. & Rob. 423, 174 E.R. 338.

*Nethercotte*³, un jugement du baron Alderson, ainsi qu'à l'arrêt *Thomas v. David*⁴, un jugement de M. le juge Coleridge prononcé lorsqu'il présidait les assises en mars 1836. Dans le premier arrêt, le sommaire se lit comme suit:

[TRADUCTION] Qu'un témoin soit demeuré dans la salle d'audience après que l'exclusion de tous les témoins eut été ordonnée, n'est pas un motif de rejeter son témoignage. Il n'y a là que matière à des commentaires sur son témoignage.

alors que dans le second arrêt le juge Coleridge énonce la règle suivante:

[TRADUCTION] La règle à laquelle vous renvoyez en Court de l'Échiquier est restreinte aux affaires d'impôt. Dans les autres affaires, la règle y est la même que devant les autres tribunaux, à savoir que le rejet du témoignage est laissé entièrement à la discrétion du juge; et cela étant je pense que dans les circonstances particulières de l'espèce présente j'exercerai une discrétion judiciaire en rejetant le témoignage.

Le sens de l'énoncé du juge Coleridge apparaît encore plus clairement dans le sommaire de cet arrêt-là:

[TRADUCTION] Si un témoin entre dans la salle d'audience et entend une partie de la preuve après que les témoins ont été exclus de la salle, le juge a entière discrétion quant à savoir si ce témoin sera entendu ou non; et ceci s'applique en Cour de l'Échiquier aussi bien que dans les autres cours, la seule différence étant que dans cette cour-là une règle stricte régit les affaires d'impôt; le témoin n'est pas entendu.

Comme le savant juge de première instance l'a fait observer, M. le juge Erskine, dans l'arrêt *Chandler v. Horne*⁵, a fait le commentaire suivant sur la manière d'agir envers les témoins qui sont demeurés dans la salle d'audience après un ordre d'exclusion:

[TRADUCTION] On pensait autrefois que le juge avait discrétion pour décider si le témoin serait entendu ou non. C'est une règle maintenant établie et suivie par tous que le juge n'a pas le droit de ne pas entendre le témoin; il peut le condamner pour outrage au tribunal mais il doit l'entendre; et c'est ensuite affaire de commentaire sur la valeur de son témoignage qu'il ait désobéi volontairement à l'ordre d'exclusion.

³ (1835), 6 Car. & P. 741, 172 E.R. 1443.

⁴ (1836), 7 Car. & P. 350, 173 E.R. 156.

⁵ (1842), 2 M. & Rob. 423, 174 E.R. 338.

Mr. Justice Sinclair also refers to the more recent English cases of *R. v. Briggs*⁶ and *R. v. Thompson*⁷ in which the well-established rule is restated, and he also had occasion to refer to the Canadian case of *Black v. Besse*⁸, where Proudfoot J. said, at p. 523:

. . . I think the practice is, that the evidence of such a witness should be received, but with great care.

The Canadian case of *R. v. Carefoot*⁹ was also made the subject of comment by the learned dissenting judge. In that case the magistrate presiding at trial had refused to hear a Crown witness who remained in court after an order for exclusion was made. On appeal by way of stated case LeBel J. ordering a new trial said, at p. 335:

When an order has been made for the exclusion of witnesses one side, and sometimes both sides, are unaware of all that a witness may say in the course of his testimony, and if it becomes necessary unexpectedly to call some present in the Court room in rebuttal, this person cannot be said to be included in the order for exclusion. Moreover, if witnesses remain in Court after an order has been made for their withdrawal, a Court has no right to exclude their testimony however much a witness' disobedience of the order may lessen the value of his evidence and render him liable to prosecution for contempt . . .

I think that when Mr. Justice LeBel referred to the unexpected necessity of calling some person present in the court-room in rebuttal he must be taken to have been referring to a witness who the Crown had not originally intended to call and I think his remarks are particularly apt in dealing with the case which he had before him where there appears to have been some doubt as to whether the witness had been present in the court when the exclusion order was made.

⁶ (1930), 22 Cr. App. R. 68.

⁷ [1967] Crim. L.R. 62.

⁸ (1887), 12 O.R. 522.

⁹ (1948), 90 C.C.C. 331.

M. le juge Sinclair renvoie aussi aux arrêts anglais plus récents de *R. v. Briggs*⁶, et *R. v. Thompson*⁷ où la règle bien établie est formulée de nouveau, et il a aussi eu l'occasion de mentionner l'arrêt canadien de *Black v. Besse*⁸, où le juge Proudfoot dit, à la p. 523:

[TRADUCTION] . . . Je crois que la pratique veut que le témoignage d'un tel témoin doive être reçu, bien qu'avec grande prudence.

L'arrêt canadien de *R. v. Carefoot*⁹ a aussi fait l'objet de commentaires de la part du savant juge dissident. Dans cette affaire-là, le magistrat présidant le procès avait refusé d'entendre un témoin du ministère public qui était demeuré dans la salle d'audience après un ordre d'exclusion. Lors de l'appel par voie d'exposé de la cause, le juge LeBel, en ordonnant un nouveau procès, a déclaré, page 335:

[TRADUCTION] Lorsque l'exclusion des témoins a été ordonnée, l'une des parties, et parfois les deux, ne savent pas tout ce qu'un témoin pourra dire au cours de son témoignage, et s'il devient nécessaire, de façon imprévue, de faire témoigner en contre-preuve quelqu'un qui est présent dans la salle d'audience cette personne ne peut pas être considérée comme visée par l'ordre d'exclusion. De plus, si des témoins demeurent dans la salle d'audience après qu'un ordre a été rendu en vue de leur exclusion, un tribunal n'a pas le droit de refuser qu'ils témoignent, si dommageable que puisse être leur désobéissance pour la valeur de leurs témoignages, et si passibles soient-ils de poursuites pour outrage . . .

Je crois que lorsque M. le juge LeBel mentionne la nécessité imprévue de faire entendre en contre-preuve une personne qui est présente dans la salle d'audience, on doit considérer qu'il fait allusion à un témoin que le ministère public n'avait pas l'intention de faire témoigner, et je crois que ses remarques sont particulièrement judicieuses dans le cas qu'il avait devant lui, où il apparaît qu'il existait quelque doute à savoir si le témoin était présent dans la salle d'audience lorsque l'exclusion des témoins avait été ordonnée.

⁶ (1930), 22 Cr. App. R. 68.

⁷ [1967] Crim. L.R. 62.

⁸ (1887), 12 O.R. 522.

⁹ (1948), 90 C.C.C. 331.

Mr. Justice Sinclair, in the course of giving approval to the practice followed in Alberta in criminal cases where a trial judge has ordered witnesses to be excluded from the court room, included the following rule:

If a witness nevertheless remains in court:

- (a) he is not necessarily disqualified, although, in certain circumstances, the trial judge may exclude his evidence.
- (b) the weight, if any, to be given to his evidence is for the jury, or for the judge, if there is no jury, to decide.

In the present case the learned trial judge expressly reserved to himself the question of the weight to be attached to the evidence of the last Crown witness, Fitzpatrick, and it appears to me that Mr. Justice Sinclair's dissent rests upon the contention that a similar reservation should have been expressly stated in relation to the evidence of Corporal Murray and Detective Porfon. In my view, however, Mr. Justice Bowen's failure to state orally that he would reserve to himself the question of the weight to be attached to the evidence of the last-named witnesses cannot be construed as meaning that he was not giving the same consideration to their evidence as he did to that of Fitzpatrick and thus complying with the rule which Mr. Justice Sinclair himself recognizes. I am in fact of opinion that under the present circumstances, where the learned trial judge had expressly indicated his understanding of the rule in the case of Fitzpatrick, it should be assumed that he governed himself by the same considerations in evaluating the testimony of the other witnesses who had remained in court notwithstanding the order excluding them.

In light of the above, it will be seen that in my view no question of substantial wrong or miscarriage of justice can arise in this case.

For all these reasons I would dismiss this appeal.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. and SPENCE J. dissenting.

M. le juge Sinclair, tout en donnant son approbation à la pratique suivie dans les causes criminelles en Alberta lorsqu'un juge de première instance ordonne que les témoins soient exclus de la salle d'audience, inclut la règle suivante:

[TRADUCTION] Si, néanmoins, un témoin reste dans la salle d'audience:

- a) il n'est pas nécessairement inhabile à témoigner, bien qu'en certaines circonstances le juge de première instance puisse exclure son témoignage.
- b) le poids, si poids il y a, à accorder à son témoignage est une question qui doit être décidée par le jury ou, dans les procès sans jury, par le juge.

Dans l'espèce présente, le savant juge de première instance s'est lui-même réservé la question du poids à accorder au témoignage du dernier témoin du ministère public, Fitzpatrick, et il me semble que la dissidence de M. le juge Sinclair repose sur la prétention qu'une réserve similaire aurait dû être énoncée de façon expresse à l'égard des témoignages du caporal Murray et du détective Porfon. A mon avis, cependant, le fait pour M. le juge Bowen de ne pas dire oralement qu'il se réserverait la question du poids à accorder aux témoignages de ces deux derniers témoins, ne peut pas être interprété comme signifiant qu'il ne voyait pas leurs témoignages du même œil que celui de Fitzpatrick et ainsi ne se conformait pas à la règle que M. le juge Sinclair lui-même reconnaît. Je suis en fait d'avis que dans les circonstances présentes, où le savant juge de première instance a expressément indiqué sa connaissance de la règle dans le cas de Fitzpatrick, on doit présumer qu'il s'est laissé guider par les mêmes considérations en appréciant le témoignage des autres témoins qui sont demeurés dans la salle d'audience malgré l'ordonnance les excluant.

A la lumière de ce qui précède, il n'y a en l'espèce, à mon avis, ni tort important ni erreur judiciaire grave.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi.

Pourvoi rejeté, le JUGE EN CHEF LASKIN et le JUGE SPENCE étant dissidents.

Solicitors for the appellant: Archibald, Edwards, Wallbridge, Wheatley & Sadownik, Edmonton.

Solicitor for the respondent: D. S. Thorson, Ottawa.

Procureurs de l'appelant: Archibald, Edwards, Wallbridge, Wheatley & Sadownik, Edmonton.

Procureur de l'intimée: D. S. Thorson, Ottawa.