

T-2220-89

T-2220-89

Ian Ross Mooring (*Applicant*)

v.

Dean Fox, in his capacity as Independent Chairperson for Prison Disciplinary Hearings at Kent Institution (*Respondent*)INDEXED AS: *MOORING v. KENT INSTITUTION (T.D.)*

Trial Division, Martin J.—Vancouver, October 30; Ottawa, December 11, 1989.

Penitentiaries — Proper interpretation of Commissioner's Directive concerning giving of evidence not affording prisoner in disciplinary hearings more protection than that given accused in criminal matters.

Practice — Evidence — Prison disciplinary hearings — Evidence received against convict after he testified — Whether case improperly split — Defence surfacing only when convict gave evidence — Evidence properly received in reply.

This was a section 18 application to quash the respondent's decision finding the applicant guilty of serious misconduct on the grounds that a fair hearing was denied contrary to paragraph 11(d) of the Charter or that there was a breach of procedural fairness.

An officer alleged that the applicant had kicked her in the leg during an altercation between inmates and prison officers. The officer gave evidence at the disciplinary hearing following which the applicant elected to testify. The hearing was then adjourned to receive evidence from another prison officer.

Held, the application should be dismissed.

The case against the applicant had not been improperly split since the evidence of the subsequently called witness constituted evidence in reply. The equitable and fair application of the Commissioner's Directive dealing with the calling of witnesses at disciplinary hearings does not require that all witnesses against an inmate be heard prior to his election whether to testify. It does not afford an inmate in disciplinary proceedings greater protection than that given an accused in criminal matters.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 11(d).

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.

Penitentiary Act, R.S.C., 1985, c. P-5, s. 37(3).

Penitentiary Service Regulations, C.R.C., c. 1251.

Ian Ross Mooring (*requérant*)

c.

Dean Fox, en sa qualité de président indépendant des audiences disciplinaires à l'établissement Kent (*intimé*)

RÉPERTORIÉ: *MOORING c. ÉTABLISSEMENT KENT (1^{re} INST.)*

Section de première instance, juge Martin—Vancouver, 30 octobre; Ottawa, 11 décembre 1989.

Pénitenciers — Il faut interpréter la Directive du commissaire concernant les dépositions en disant qu'un prisonnier ne jouit pas, lors d'une audience disciplinaire, d'une meilleure protection que celle dont bénéficie un prévenu dans une affaire pénale.

Pratique — Preuve — Audiences disciplinaires dans les pénitenciers — Preuve reçue contre le détenu après qu'il eut témoigné — La preuve a-t-elle été divisée incorrectement? — La défense n'a fait surface qu'après la déposition du détenu — Contre-preuve recevable.

Il s'agit d'une demande fondée sur l'article 18 visant à faire annuler une décision de l'intimé qui avait déclaré le requérant coupable d'une inconduite grave pour le motif qu'on lui a refusé une audience équitable en violation de l'alinéa 11d) de la Charte ou qu'il y a eu manquement à l'équité dans la procédure.

Un agent a allégué que le requérant lui avait donné un coup de pied sur la jambe au cours d'une altercation entre détenus et agents de correction. L'agent a présenté sa déposition à l'audience disciplinaire, après quoi le requérant a choisi de témoigner. L'audience a alors été ajournée pour permettre à un autre agent de correction de témoigner.

Jugement: la demande devrait être rejetée.

La preuve présentée contre le requérant n'a pas été incorrectement divisée puisque la déposition du témoin subséquent constituait une contre-preuve. L'application juste et équitable de la Directive du commissaire concernant l'assignation des témoins lors des audiences disciplinaires n'exige pas que tous les témoins à charge soient entendus avant que le détenu ne décide s'il témoignera. Elle n'offre pas à un détenu dans une instance disciplinaire une meilleure protection que celle dont bénéficie un prévenu dans une affaire pénale.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44], art. 7, 11d).

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), chap. F-7, art. 18.

Loi sur les pénitenciers, L.R.C. (1985), chap. P-5, art. 37(3).

Règlement sur le service des pénitenciers, C.R.C., chap. 1251.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

John v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 476; (1985), 24 D.L.R. (4th) 713; 23 C.C.C. (3d) 326; 49 C.R. (3d) 57; 63 N.R. 141; 11 O.A.C. 391; *Russell v. Radley*, [1984] 1 F.C. 543; (1984), 5 Admin. L.R. 39; 11 C.C.C. (3d) 289 (T.D.).

AUTHORS CITED

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora: Canada Law Book Inc., 1988.

COUNSEL:

Jeffrey Ray for applicant.
Peter A. Eccles for respondent.

SOLICITORS:

Howard Smith & Company, New Westminster, British Columbia, for applicant.
Ray Connell, Vancouver, agent for *Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

The following are the reasons for the order rendered in English by

MARTIN J.: The applicant, an inmate at the Kent Institution penitentiary in British Columbia, applies pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] to quash the decision of the respondent, an independent chairperson appointed under the provisions of the *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C., c. 1251, finding the applicant guilty of the offence of serious misconduct i.e. assaulting a prison officer on July 6, 1989.

The grounds of the application are that the respondent acted in excess of or without jurisdiction by denying the applicant a fair hearing contrary to paragraph 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C. 1985, Appendix II, No. 44]] by ordering that another prison officer be called to give evidence at the disciplinary hearing after the applicant had given his evidence. Alternatively counsel for the applicant submits, on

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS EXAMINÉES:

John c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 476; (1985), 24 D.L.R. (4th) 713; 23 C.C.C. (3d) 326; 49 C.R. (3d) 57; 63 N.R. 141; 11 O.A.C. 391; *Russell c. Radley*, [1984] 1 C.F. 543; (1984), 5 Admin. L.R. 39; 11 C.C.C. (3d) 289 (1^{re} inst.).

DOCTRINE

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3^e éd. Aurora: Canada Law Book Inc., 1988.

AVOCATS:

Jeffrey Ray pour le requérant.
Peter A. Eccles pour l'intimé.

PROCUREURS:

Howard Smith & Company, New Westminster (Colombie-Britannique) pour le requérant.
Ray Connell, Vancouver, représentant du *sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

LE JUGE MARTIN: Le requérant, détenu à l'établissement pénitentiaire Kent en Colombie-Britannique, invoque l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), chap. F-7] pour faire annuler la décision de l'intimé, président indépendant nommé en vertu des dispositions du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C., chap. 1251, qui avait déclaré le requérant coupable d'une inconduite grave, c'est-à-dire d'avoir agressé un agent de correction le 6 juillet 1989.

Suivant les motifs de la requête, l'intimé a excédé sa compétence ou n'avait pas compétence lorsqu'il a refusé au requérant une audience équitable en violation de l'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), Appendice II, n° 44]] en ordonnant qu'un autre agent de correction soit appelé à témoigner au cours de l'audience disciplinaire après que le requérant eut lui-même déposé.

the same facts, that the respondent breached his duty of procedural fairness owed to the applicant.

Originally the applicant applied on the additional grounds that the respondent's actions contravened the provisions of section 7 of the Charter but, in the course of the hearing before me, advised that he was no longer relying on section 7 but exclusively on paragraph 11(d).

It is common ground that there was some sort of an altercation between inmates and prison officers of the Kent Institution on July 6, 1989. The Inmate Offence Report and Notification of Charge completed by prison officer Bowman alleges that the applicant kicked her in the leg. The alleged conduct by the applicant was properly characterized as serious misconduct and the applicant was given notice of it.

After three postponements, in the course of which the applicant came to be represented by counsel, the disciplinary hearing began on July 28, 1989. Prison officer Bowman gave her evidence and no other witness was called. The applicant then elected to give evidence at the completion of which the respondent, rather than make a decision on the evidence which was before him at that time, adjourned the hearing to August 2, 1989 to hear the evidence of prison officer Molino.

On August 2, 1989 Molino gave his evidence and was cross-examined by counsel for the applicant. Counsel for the applicant then made submissions to the respondent following which the respondent found the applicant guilty of assaulting Bowman and imposed an appropriate penalty.

Counsel for the applicant charges that, in calling Molino after the applicant had given his evidence, the case or evidence against the applicant was improperly split and further that the evidence given by Molino did not constitute evidence in reply or rebuttal. He cites the case of *John v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 476; [(1985), 24 D.L.R. (4th) 713; 23 C.C.C. (3d) 326; 49 C.R. (3d) 57; 63 N.R. 141; 11 O.A.C. 391], in which such a tactic is described by Estey and Lamer JJ. in the following terms at page 481:

These are the consequences that flow from a violation of one of the fundamental precepts of our criminal process, namely the

Subsidiairement, l'avocat de ce dernier soutient, à la lumière des mêmes faits, que l'intimé a violé son obligation d'équité dans la procédure à son égard.

^a À l'origine, le requérant a fait valoir comme motif additionnel que les actes de l'intimé allaient à l'encontre de l'article 7 de la Charte mais au cours de l'audience, il m'a informé qu'il invoquait non plus l'article 7 mais uniquement l'alinéa 11d).

^b Il est admis qu'il y a eu certaines altercations entre les détenus et les agents de correction de l'établissement Kent le 6 juillet 1989. Dans le Rapport de l'infraction d'un détenu et l'avis de l'accusation qu'elle a remplis, l'agent de correction Bowman allègue que le requérant lui a donné un coup de pied sur la jambe. L'acte reproché au requérant a été à bon droit qualifié d'inconduite grave et celui-ci en a été informé.

^c Après trois ajournements au cours desquels le requérant a finalement été représenté par un avocat, l'audience disciplinaire a commencé le 28 juillet 1989. L'agent de correction Bowman a témoigné et aucun autre témoin n'a été assigné. Le requérant a alors choisi de présenter sa déposition après quoi l'intimé, plutôt que de rendre une décision sur les éléments de preuve qui lui avaient alors été soumis, a ajourné l'audience au 2 août 1989 pour entendre le témoignage de l'agent de correction Molino.

^e Le 2 août 1989, Molino a témoigné et a été contre-interrogé par l'avocat du requérant. Celui-ci a ensuite présenté ses arguments à l'intimé après quoi ce dernier a déclaré le requérant coupable d'avoir agressé Bowman et lui a imposé une peine appropriée.

^f L'avocat du requérant soutient que comme Molino a été assigné après le témoignage de son client, la preuve présentée contre lui était divisée incorrectement et en outre que la déposition de Molino ne constituait pas une contre-preuve. Il cite l'arrêt *John c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 476; [(1985), 24 D.L.R. (4th) 713; 23 C.C.C. (3d) 326; 49 C.R. (3d) 57; 63 N.R. 141; 11 O.A.C. 391], dans lequel une tactique de ce genre a été décrite par les juges Estey et Lamer dans les termes suivants à la page 481:

^g Ce sont là les conséquences qui découlent de la violation d'un des préceptes fondamentaux de notre procédure criminelle,

dividing of the prosecution's case so as to sandwich the defence. This is a particularly lethal tactic where the evidence in reply raises a new issue and attacks the accused's credibility for this is the last evidence which the members of the jury hear prior to their deliberations. It also raises the question as to the propriety of the Crown's conduct in the context of the accused's right to elect to remain silent or to elect to enter the witness box in his own defence. He must be given the opportunity of making this decision in the full awareness of the Crown's complete case. This did not occur in these proceedings.

In support of his submission counsel for the applicant also refers to paragraph 19 of the 1987 Commissioner's Directive made pursuant to subsection 37(3) of the *Penitentiary Act*, R.S.C., 1985, c. P-5, which provides as follows:

19. If the plea is "not guilty", the accused inmate(s) shall be informed of the opportunity to give evidence after all the witnesses against him/her have been heard. The inmate may submit a list of witnesses and/or documents he/she wishes prior to the hearing.

Counsel admits that the Commissioner's Directive does not have force of law but submits that the applicant has the right to expect it to be applied fairly. I agree with his submission which was described by Muldoon J. in *Russell v. Radley*, [1984] 1 F.C. 543; [(1984), 5 Admin. L.R. 39; 11 C.C.C. (3d) 289 (T.D.), at page 562 F.C.] where he observed:

The Directive is of course a set of rules made by the Commissioner with statutory authority (so long as *intra vires*) for the governance of the members of the Service (*Regina v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, ex parte MacCaud*, [1969] 1 C.C.C. 371 (Ont. C.A.)) at least. There is a clear implication in the Directive to the effect that if action is not to be taken immediately, it must surely be taken within a reasonable time. Although the Commissioner's Directive is not to be regarded as "law" within the wording of section 28 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], because "It is not in any legislative capacity that the Commissioner is authorized to issue directives, but in his administrative capacity" (*Martineau et al. v. The Matsqui Institution Inmate Disciplinary Board* (No. 1), [1978] 1 S.C.R. 118, at p. 129; 33 C.C.C. (2d) 366, at p. 374) yet, even before the enactment of the Charter, inmates were held to be entitled to have the Directives applied fairly and in accordance with the rules of natural justice (*Martineau* (No. 2), *supra*, fn. 3, S.C.R. at p. 629, C.C.C. at p. 378).

Counsel for the applicant appears to argue that the equitable and fair application of directive 19 requires that all witnesses against the accused must first be heard and then, should the accused elect to give evidence, he may do so. However, if I

c'est-à-dire la division de la preuve de la poursuite de manière à coincer la défense. C'est une tactique particulièrement destructrice si le témoignage donné en contre-preuve soulève une nouvelle question et met en cause la crédibilité de l'accusé, puisqu'il s'agit du dernier témoignage que les membres du jury entendent avant de délibérer. Cette pratique pose également la question de la justesse de la conduite de la poursuite eu égard au droit de l'accusé de choisir de garder le silence ou de choisir de témoigner pour sa propre défense. Il doit avoir la possibilité de prendre cette décision en toute connaissance de la totalité de la preuve de la poursuite. Ce n'est pas ce qui s'est produit dans ces procédures.

À l'appui de son argument, l'avocat du requérant cite également le paragraphe 19 de la Directive du commissaire de 1987 établie en vertu du paragraphe 37(3) de la *Loi sur les pénitenciers*, L.R.C. (1985), chap. P-5, qui dispose:

19. Si le détenu plaide «non coupable», on doit l'informer qu'il pourra présenter ses éléments de preuve une fois que tous les témoins à charge auront été entendus. Le détenu peut présenter une liste de témoins et(ou) de documents avant l'audience.

L'avocat admet que la Directive du commissaire n'a pas force de loi mais il prétend que le requérant a le droit de s'attendre à ce que ces directives soient appliquées équitablement. Je souscris à son argument qui a été décrit par le juge Muldoon dans l'affaire *Russell c. Radley*, [1984] 1 C.F. 543; [(1984), 5 Admin. L.R. 39; 11 C.C.C. (3d) 289 (1^{re} inst.), à la page 562 C.F.] où il a fait remarquer:

La Directive est évidemment un ensemble de règles que le commissaire est habilité par la loi à établir (dans la mesure où elles sont *intra vires*) pour l'administration des membres du Service (*Regina v. Institutional Head of Beaver Creek Correctional Camp, ex parte MacCaud*, [1969] 1 C.C.C. 371 (C.A. Ont.)) tout au moins. Il ressort clairement de la Directive que, si des mesures ne sont pas prises immédiatement, il faut néanmoins agir dans un délai raisonnable. Bien que la Directive du commissaire ne soit pas une «loi» au sens de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10], car «Ce n'est pas en qualité de législateur que le commissaire est habilité à établir des directives, mais en qualité d'administrateur» (*Martineau et autre c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui* (n° 1), [1978] 1 R.C.S. 118, à la p. 129; 33 C.C.C. (2d) 366, à p. 374), on estime, même avant l'adoption de la Charte, que les détenus avaient droit à ce que les Directives soient appliquées équitablement et en conformité avec les principes de justice naturelle (*Martineau* (n° 2), précité, note 3, R.C.S. à la p. 629, C.C.C. à la p. 378).

L'avocat du requérant semble dire que l'application juste et équitable de la directive 19 exige que tous les témoins à charge doivent d'abord être entendus et que si le prévenu choisit de témoigner, il pourra alors le faire. Cependant, si je comprends

understand counsel's submission, he contends that under no circumstances may additional evidence be called after the accused has given his evidence.

In my view this is a far too rigid and formulistic meaning to be assigned to that directive. As I read it it simply means that at the outset of the relatively informal hearing, "relatively informal" because by directive 21 the rules of evidence in criminal matters do not apply in disciplinary hearings, if the inmate pleads "not guilty" the chairperson will tell him that after he has heard what the prison authorities or other witnesses have to say about the charge against him he, the inmate, will be given the opportunity of giving his version of the matter if he so desires. The directive exists, in my view, to guard against the possibility that someone, perhaps an unrepresented inmate, may not be aware of the fact that he is entitled to give evidence at the hearing. It seems to me that this advice is intended to be given to the inmate immediately after his plea and before any evidence is heard because, in directive 19 after the direction to inform the inmate of his right to give evidence, there is the direction that the inmate may, "prior to the hearing", submit a list of witnesses and documents he wishes.

I do not see directive 19 in the sense that after all the witnesses, except the inmate, are heard that the chairperson will inform the inmate that all the witnesses against him have now been heard and there will not and cannot be any further evidence other than the inmate's evidence, and that the chairman will advise the inmate that he now has the right, if he so chooses, to give evidence safe in the assurance that no matter what he says there will be no further evidence called to rebut or reply to it.

If, under the strict rules of evidence in criminal matters, the evidence given by an inmate in a disciplinary hearing would permit the Crown to call evidence in reply or rebuttal in a criminal trial then the independent chairman is entitled in a disciplinary hearing to receive that same evidence after the inmate has given his. This is a completely different question from the one which addresses the issue of whether the independent chairperson can, after the inmate has given his evidence, receive evidence which, in cases governed by the strict rules of evidence in criminal matters, would

bien l'argumentation de l'avocat, des éléments de preuve additionnels ne pourront jamais être présentés après le témoignage du prévenu.

À mon avis, il s'agit là d'une interprétation beaucoup trop rigide et formaliste de cette directive. Selon moi, elle signifie simplement qu'au début de l'audience «relativement informelle», car selon la directive 21, les règles de la preuve en matière criminelle ne s'appliquent pas aux audiences disciplinaires, si le détenu plaide «non coupable», le président lui dira qu'il entendra d'abord ce que les autorités de la prison ou d'autres témoins ont à dire au sujet de l'accusation portée contre lui et qu'alors, lui, le détenu, aura l'occasion de donner sa version de l'affaire s'il le désire. La directive vise, je pense, à empêcher que quelqu'un, peut-être un détenu non représenté par un avocat, puisse ignorer le fait qu'il a le droit de témoigner à l'audience. Il me semble que cet avis est censé être donné au détenu immédiatement après son plaidoyer et avant l'audition des témoignages car la directive 19 prévoit qu'après avoir informé le détenu de son droit de témoigner, on doit lui dire qu'il peut, «avant l'audience», présenter une liste de témoins et de documents.

Selon moi, la directive 19 ne veut pas dire qu'après que tous les témoins, sauf le détenu, ont été entendus, le président informera ce dernier que tous les témoins à charge ont maintenant été entendus et qu'il ne saurait y avoir de preuve additionnelle autre que le témoignage du détenu et que celui-ci a maintenant le droit, s'il le choisit, de témoigner avec la garantie que, quoi qu'il dise, il n'y aura pas de contre-preuve additionnelle.

Si, en vertu des règles strictes de la preuve en matière criminelle, le témoignage d'un détenu dans une audience disciplinaire permettait au ministère public de présenter une contre-preuve dans un procès criminel, le président indépendant aurait alors le droit dans une audience disciplinaire d'entendre cette contre-preuve après la déposition du détenu. Il s'agit là d'une question tout à fait différente de celle de savoir si le président indépendant peut, après que le détenu, a présenté sa preuve, entendre un témoignage qui, dans les cas régis par les règles strictes de la preuve en matière

amount to the Crown splitting its case and would not be receivable as proper rebuttal evidence or evidence in reply.

That latter question does not arise in this case because, in my view, the evidence, which the independent chairperson received after the evidence given by the inmate, was evidence which could properly be received in criminal proceedings as evidence in reply. In other words I find that directive 19 does not afford an inmate in disciplinary proceedings a greater protection than that afforded an accused in criminal matters to which the strict rules of evidence apply for his protection.

In the present case the evidence against the inmate was given by Bowman who, in her direct evidence, made no mention of any physical altercation between the applicant and prison officer Molino. The first mention of Molino came from counsel for the applicant who put it to Bowman that there was such an altercation. Bowman did not accede to this suggestion.

The suggestion put by counsel for the applicant in his cross-examination of Bowman did not in my view raise a defence which called upon the chairperson to call and receive or arrange for evidence to rebut it prior to hearing the evidence of the applicant. In the first place the suggestion put to Bowman did not raise any particular defence but only an inference of several possible defences such as:

- a) Molino threw the inmate at Bowman causing him to inadvertently strike her;
- b) Molino and the inmate were involved in a physical altercation in another place at the time it was alleged that the applicant struck Bowman i.e. an alibi;
- c) Molino and the inmate were so completely involved in their own altercation that the applicant could not have struck Bowman.

Secondly the inference was raised on cross-examination only and thus could not arise unless the applicant elected to give evidence. This situation is dealt with in McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. 1988, at page 31-11 as follows:

31:10330 Difficulty of foreseeability test

criminelle, constituerait pour le ministère public une division de sa preuve et ne serait pas recevable à titre de contre-preuve.

^a Cette dernière question ne se pose pas en l'espèce car, à mon avis, le témoignage que le président indépendant a entendu après la déposition du détenu constituait un élément de preuve qui était recevable dans un instance pénale à titre de contre-preuve. En d'autres termes, je conclus que la directive 19 n'offre pas à un détenu dans une instance disciplinaire une meilleure protection que celle dont bénéficie un prévenu dans une affaire pénale assujettie à des règles strictes de preuve.

^c En l'espèce, la preuve directe contre le détenu a été présentée par Bowman qui n'a fait mention d'aucune altercation physique entre le requérant et l'agent de correction Molino. Le nom de Molino a été mentionné pour la première fois par l'avocat du requérant qui a laissé entendre à Bowman qu'une telle altercation avait eu lieu. Bowman n'a pas accepté cette insinuation.

^e À mon avis, l'insinuation faite par l'avocat du requérant dans son contre-interrogatoire de Bowman ne soulevait pas un moyen de défense qui obligeait le président à demander qu'on lui présente une contre-preuve avant d'entendre le témoignage du requérant. En premier lieu, l'insinuation lancée à Bowman ne soulevait aucun moyen de défense particulier et ne faisait qu'ouvrir la porte à plusieurs moyens de défense possibles tels que:

- a) Molino a poussé le détenu vers Bowman qui a été ainsi frappée par inadvertance;
- b) Molino et le détenu avaient une altercation physique dans un autre endroit au moment où le requérant aurait frappé Bowman, ce qui constitue un alibi;
- c) Molino et le détenu étaient tellement engagés dans leur altercation que le requérant n'aurait pas pu frapper Bowman.

ⁱ En second lieu, ces moyens de défense n'ont été soulevés qu'au cours du contre-interrogatoire et ils ne pouvaient donc être invoqués que si le requérant choisissait de témoigner. Cette situation est examinée dans l'ouvrage de McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, 3^e éd. 1988, à la page 31-11:

^j [TRADUCTION] 31:10330 Difficulté du critère de la prévisibilité

The prosecution may foresee certain defences being put forward and yet it would be presumptuous to assume that they will all in fact be put forward. A defence may be suggested in the cross-examination of Crown witnesses but it may not clearly emerge until the defence opens its case. As Lord Sumner said in *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221 (H.L.), "The prosecution cannot credit the accused with fancy defences in order to rebut them at the outset with some damning piece of prejudice."

Defences such as self-defence or provocation will most certainly involve a decision whether to call the accused and the prosecution cannot assume that it will be done. As Phillimore, J., said in argument in *R. v. Froggatt* (1910), 4 Cr. App. R. 115 at p. 118:

You do not know what a prisoner is going to say in his defence. In some cases it would be impossible for the prosecution to deal with the alibi except by way of rebutting evidence, because the prosecution does not know that at the trial the prisoner may not set up some defence other than and inconsistent with an alibi, even though before the justices he set up an alibi.

But where on a retrial, the same alibi was set up as on the prior trial, rebuttal was refused: *R. v. Smith*, [1956] Crim. L.R. 193, as the prosecution was not taken by surprise.

In fact in this case the applicant elected to give evidence and said, in effect, that he did not strike Bowman or, alternatively, if he did strike her, he had been shoved into her by Molino in the altercation they were having.

Thus it was only after the applicant gave evidence that the chairperson became aware of his defence. Under these circumstances, in a normal criminal trial, the Crown would be entitled to call evidence in reply to that defence. In this case the chairperson, faced with the conflict in the evidence before him, elected, and properly so in my view, to have Molino give evidence so that the truth of the applicant's version of the incident could be determined.

As it transpired Molino denied any contact with the applicant and, rejecting the applicant's defence on that basis, the chairperson properly convicted him.

As I can see no unfair treatment of the applicant in the procedure adopted by the chairperson in the course of the applicant's disciplinary hearing the within application will be dismissed.

There will be no order as to costs.

Le poursuivant peut prévoir certains moyens de défense qui seront soulevés mais il ne saurait présumer qu'ils seront tous soulevés. Un moyen de défense peut ressortir du contre-interrogatoire des témoins du ministère public mais il peut n'apparaître clairement qu'au moment où la défense présente sa preuve. Comme lord Sumner l'a déclaré dans l'arrêt *Thompson v. The King*, [1918] A.C. 221 (H.L.), «La poursuite ne peut pas prêter à l'accusé des moyens de défense imaginaires dans le but de les réfuter au départ par un préjudice accablant».

Lorsqu'on invoque des moyens de défense tels que la légitime défense ou la provocation, il faudra certainement décider si le prévenu doit être appelé à la barre et le poursuivant ne saurait présumer qu'il en sera ainsi. Comme le juge Phillimore l'a dit dans l'arrêt *R. v. Froggatt* (1910), 4 Cr. App. R. 115 à la page 118:

On ne sait pas ce qu'un prisonnier dira pour sa défense. Dans certains cas, il serait impossible pour le poursuivant de réfuter la défense d'alibi si ce n'est par une contre-preuve, car il ne sait pas qu'au cours du procès, le prisonnier ne peut pas invoquer un moyen de défense autre qu'un alibi ou incompatible avec celui-ci, même si c'est ce moyen qu'il a fait valoir devant les juges.

Mais la contre-preuve a été refusée lorsque, au cours d'un nouveau procès, on a invoqué le même alibi que lors du procès antérieur: *R. v. Smith*, [1956] Crim. L.R. 193, car le poursuivant n'a pas été pris par surprise.

De fait, en l'espèce, le requérant a choisi de témoigner et il a effectivement dit qu'il n'avait pas frappé Bowman ou que s'il l'a frappée, il a été poussé par Molino au cours de l'altercation qu'ils avaient.

Ce n'est par conséquent qu'après le témoignage du requérant que le président a pris connaissance de son moyen de défense. Dans de telles circonstances, dans un procès criminel ordinaire, le ministère public aurait le droit de présenter une contre-preuve. En l'espèce, étant saisi d'une preuve contradictoire, le président a choisi, à bon droit selon moi, de faire témoigner Molino de façon à pouvoir déterminer la véracité de la version du requérant.

Il en est ressorti que Molino a nié tout contact physique avec le requérant et, rejetant le moyen de défense de ce dernier pour cette raison, le président l'a à bon droit déclaré coupable.

Comme à mon avis le requérant n'a pas été traité injustement par le président au cours de son audience disciplinaire, la présente demande sera rejetée.

Il n'y aura aucune adjudication de dépens.