

Irving Kirsch and Herschel Rosenthal
Appellants;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1981: March 30; 1981: May 11.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Convictions for conspiring to affect public market price of shares — Prosecution evidence by accomplices — Judge left jurors the option of considering corroborative parts of evidence — Parts suggested to jurors as corroborative in fact were not corroborative — Error of law — Section 613(1)(b)(iii) not applicable — New trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 338(2), 423(1)(d), 613(1)(b)(iii).

Kirsch and Rosenthal were charged with conspiring to affect the public market price of shares of Buffalo Gas and Oil Ltd. As the witnesses for the prosecution were accomplices, the judge warned the jurors against the danger of finding the accused guilty on the basis of this testimony alone. He told them what parts of the evidence were capable of constituting corroboration and left them free to find corroboration in other parts of the evidence. Counsel for the Crown also indicated to the jurors as being capable of providing corroboration evidence which as a matter of law could not. Kirsch and Rosenthal were found guilty and appealed. The appeal was dismissed.

Held: The appeal should be allowed and a new trial is ordered.

The trial judge erred in failing to instruct the jury that the parts of the evidence which counsel for the Crown had suggested as being capable of providing corroboration in fact could not, and that they were not entitled to regard them as such. The Court does not think that this is the kind of error which should be dealt with by resort to s. 613(1)(b)(iii), as respondent did not demonstrate that without this error the verdict would of necessity have been the same.

As to whether the judge should tell the jurors to confine themselves to the corroborative points he had

Irving Kirsch et Herschel Rosenthal
Appelants;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1981: 30 mars; 1981: 11 mai.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Estey, McIntyre et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Déclarations de culpabilité pour avoir comploté dans le but d'influencer la cote d'actions offertes en vente au public — Preuve à charge par témoins complices — Juge laisse aux jurés le choix de considérer dans la preuve des éléments corroboratifs — Éléments suggérés aux jurés comme corroboratifs et qui ne l'étaient pas d'après la loi — Erreur de droit — Non-applicabilité de l'art. 613(1)(b)(iii) — Nouveau procès ordonné — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 338(2), 423(1)(d), 613(1)(b)(iii).

Kirsch et Rosenthal ont été accusés d'avoir comploté pour influencer la cote des actions de la compagnie Buffalo Gas and Oil Ltd. offertes en vente au public. Les témoins à charge étant des complices, le juge a mis en garde les jurés contre le danger de trouver les accusés coupables sur la foi de ces seuls témoignages. Il leur a indiqué les éléments de preuve susceptibles de corroborer ces témoignages et les a laissés libres d'en trouver d'autres à même la preuve. Le substitut du procureur général a également signalé aux jurés des éléments qui, selon lui, étaient susceptibles d'être corroboratifs mais qui ne l'étaient pas d'après la loi. Reconnus coupables, Kirsch et Rosenthal interjetèrent appel. Cet appel fut rejeté.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge des assises a commis une erreur en n'avertissant pas le jury que les éléments de preuve suggérés comme corroboratifs par le substitut du procureur général ne l'étaient pas et qu'il ne leur était pas loisible de s'en servir comme tels. La Cour ne croit pas qu'il s'agit là d'une erreur où l'on devrait recourir au sous-al. 613(1)(b)(iii), l'intimée ne l'ayant pas convaincue que sans cette erreur le verdict du jury eût été nécessairement le même.

Quant à savoir si le juge doit aviser les jurés de se limiter aux éléments corroboratifs qu'il leur a lui-même

indicated to them, the Court was not required to answer this question for the purposes of this appeal.

R. v. Racine (1977), 32 C.C.C. (2d) 468, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec dismissing an appeal by appellants and affirming their conviction by a judge sitting with a jury. Appeal allowed.

Michel Proulx, for the appellant Kirsch.

Jeffrey K. Boro, for the appellant Rosenthal.

Gabriel Lapointe, Q.C., for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—The two appellants are challenging by their appeal the judgment of the Court of Appeal for Quebec, dismissing the appeal brought by them from the verdict of an assize jury in the judicial district of Montreal, finding them guilty on the following indictment:

... IRVING KIRSCH and HERSCHEL ROSENTHAL, at Montreal, district of Montreal, between December 1st, 1971 and March 31st, 1972, conspired with ROBERT BROADLEY, JAMES DANIELSON, STEPHEN DINNEEN, FRED GABOURIE, RON GOLDEN, and PAOLO VIOLI to commit an indictable offense not provided for in paragraphs (a), (b), or (c), to wit: by deceit, falsehood or other fraudulent means, whether or not a false pretence, with intent to defraud, affect the public market price of shares of BUFFALO GAS AND OIL CORPORATION LIMITED that were being offered to the public, the whole contrary to Section 423, paragraph (d), in relation to Section 338, paragraph (2) of the Criminal Code ...

It is common ground that the evidence for the prosecution was provided in part by witnesses who are "accomplices" under the rules of evidence. In his charge to the jury the trial judge, as he was in law required to do, warned them against the danger of finding the accused guilty on the basis of uncorroborated testimony of accomplices; he explained to them what an accomplice witness is, and the meaning of corroboration, told them that they had to decide whether these witnesses were accomplices, and that if they found them to be so, they should guard against the danger of finding the accused guilty on the basis of the uncorroborated testimony of these accomplices. Appel-

indiqués, la Cour n'a pas à répondre à cette question dans le cadre de ce pourvoi.

Jurisprudence: *R. v. Racine* (1977), 32 C.C.C. (2d) 468.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec rejetant un appel des appelants et confirmant leur déclaration de culpabilité rendu par un juge siégeant avec jury. Pourvoi accueilli.

Michel Proulx, pour l'appellant Kirsch.

Jeffrey K. Boro, pour l'appellant Rosenthal.

Gabriel Lapointe, c.r., pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—Les deux appelants attaquent par leur pourvoi l'arrêt de la Cour d'appel du Québec rejetant l'appel qu'ils avaient interjeté contre le verdict d'un jury d'assises du district judiciaire de Montréal les déclarant coupables sur l'acte d'accusation suivant:

[TRADUCTION] ... entre le 1^{er} décembre 1971 et le 31 mars 1972, à Montréal, district de Montréal, IRVING KIRSCH et HERSCHEL ROSENTHAL ont comploté avec ROBERT BROADLEY, JAMES DANIELSON, STEPHEN DINNEEN, FRED GABOURIE, RON GOLDEN et PAOLO VIOLI pour commettre un acte criminel que ne vise pas l'alinéa a), b) ou c), savoir: par la supercherie, le mensonge ou d'autres moyens dolosifs, constituant ou non un faux semblant, avec l'intention de frauder, ont influé sur la cote publique des actions de BUFFALO GAS AND OIL CORPORATION LIMITED offertes en vente au public, contrairement à l'alinéa 423(d), en ce qui concerne le paragraphe 338(2) du Code criminel ...

Il n'est pas contesté que la preuve à charge est en partie faite par des témoins qui sont en regard des règles de la preuve des «complices». Comme il le devait, le juge de première instance a, dans son exposé, mis en garde les jurés contre le danger de trouver les accusés coupables sur la foi du témoignage non corroboré de complices; il leur a bien expliqué ce qu'est un témoin complice ainsi que la corroboration, leur a dit qu'il leur appartenait de décider si ces témoins étaient des témoins complices et que, si telle était leur conclusion, ils devaient se prémunir contre le danger de déclarer les accusés coupables sur la foi des témoignages non corroborés de ces complices. Les appelants reconnais-

lants agreed that these directions to the jury by the trial judge are not subject to challenge.

After performing this duty in accordance with the law, the judge went on to say:

But to assist you in this connection, I would like to call to your attention—and it's my duty to call to your attention—those pieces of evidence that exist which are capable of being corroboration.

It will be for you to decide whether in fact they do corroborate the evidence of the accomplices; but it is my duty to at least put them before you as the kind of evidence which is susceptible of being corroboration.

And of course I do not pretend to offer you an exhaustive list of the items of possible corroborative evidence. I think you can examine all of the facts and circumstances in the case and, providing you conclude that they do meet the test of corroboration that I mentioned to you earlier, you're entitled to consider them.

But I'd like to put before you now the elements that come to my mind which can, if you accept them and believe them, serve as corroboration in the direct evidence given by Danielson and Dinneen. [My emphasis.]

Appellants are challenging this procedure, which was approved by the Court of Appeal for Quebec, arguing, with the support of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Racine*¹, that the judge not only had a duty to indicate to the jury what evidence in the case at bar was capable of constituting corroboration, but also had to tell them that they should confine themselves to the points he had indicated to them and should not, as he did, have left them free to search through other parts of the evidence, using his definition of corroborative evidence.

There is however another ground raised by appellants and which was pleaded as an alternative, and which is more a matter particular to the facts of this case than one of principle.

When arguing his case before the jury, counsel for the Crown indicated to the jurors as being capable of providing corroboration evidence which, as a matter of law, could not; this was acknowledged by respondent Crown.

sont que ces instructions du président des assises aux jurés sont inattaquables.

S'étant acquitté de cette tâche conformément à la loi, le juge ajoutait:

[TRADUCTION] Mais pour vous aider à cet égard, j'aimerais attirer votre attention (et j'ai le devoir de le faire) sur les éléments de preuve qui existent et qui sont susceptibles de corroborer.

Il vous appartient de décider s'ils corroborent en fait les témoignages des complices; mais j'ai tout au moins le devoir de vous indiquer les éléments de preuve qui sont susceptibles de corroborer.

Et bien sûr je n'ai pas la prétention de vous indiquer une liste complète des éléments de preuve qui sont susceptibles de corroborer. Vous pouvez examiner tous les faits et toutes les circonstances de l'affaire et si vous êtes d'avis qu'ils répondent au critère de la corroboration, dont je vous ai parlé plus tôt, vous pouvez en tenir compte.

Mais j'aimerais vous indiquer les éléments de preuve qui me viennent à l'esprit lesquels, dans la mesure où vous les acceptez et leur donnez foi, corroborent les témoignages directs de Danielson et de Dinneen. [C'est moi qui souligne.]

Les appelants contestent cette façon de procéder qu'entérinait la Cour d'appel du Québec en disant, à l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Racine*¹, que le juge avait non seulement le devoir d'indiquer aux jurés les éléments de preuve susceptibles en l'espèce de corroborer les témoins, mais devait de plus leur dire qu'ils devaient se limiter aux éléments qu'il leur avait indiqués et non pas, comme il l'a fait, les laisser libres d'en trouver d'autres à même la preuve, en se servant de sa définition de la preuve corroborative.

A ce grief s'en greffe un autre que les appelants plaident de façon subsidiaire et qui est davantage d'espèce que de principe.

Dans sa plaidoirie en Cour d'assises, le procureur de la Couronne avait indiqué aux jurés des éléments de preuve qui selon lui étaient susceptibles de corroborer. De fait, ces éléments de preuve ne sont pas en regard de la loi susceptibles d'être corroboratifs, et l'intimée le reconnaît.

¹ (1977), 32 C.C.C. (2d) 468.

¹ (1977), 32 C.C.C. (2d) 468.

The trial judge, who had left the jurors free to find corroboration in parts of the evidence other than those which he had indicated, did not instruct them that the parts of the evidence which the Crown had suggested as being capable of providing corroboration in fact could not, and that they were not entitled to regard them as such.

It is for this reason that appellants now argue before us that, even assuming that the judge committed no error of law by proceeding as he did, he should have—and not having done so was a fatal error on his part—nevertheless warned the jurors that they could not accept the Crown's suggestion as regards the corroborative value of those passages of the evidence. With this I agree.

It is therefore not necessary to deal with the main ground of appeal.

Furthermore, respondent in her brief and orally at the hearing in this Court took no position on the main ground, and on both grounds merely relied on the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* so that we have not had the advantage of hearing argument in support of the position adopted as regards the main ground by the trial judge and by the Court of Appeal for Quebec.

As for the omission by the judge to instruct the jury properly as regards the Crown's remarks to them, I do not think this is the kind of error which should be dealt with by resort to s. 613(1)(b)(iii). Respondent did not demonstrate to my satisfaction that without this error the verdict would of necessity have been the same.

Before concluding, I think it only fair to point out that the ground upon which I would allow this appeal was not raised in the Quebec Court of Appeal.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Quebec Court of Appeal and direct a new trial.

Appeal allowed.

Le juge des assises, tout en laissant les jurés libres de trouver des éléments de preuve autres que ceux qu'il leur avait indiqués comme susceptibles de corroborer les témoins complices, n'a pas pris le soin de les avertir que les éléments de preuve suggérés comme étant corroboratifs par la Couronne ne l'étaient pas et qu'il ne leur était point loisible de s'en servir comme tels.

C'est pourquoi les appelants plaident que, même en admettant que le juge ne commettait aucune erreur de droit en procédant comme il l'a fait, il devait, et c'est une erreur fatale de sa part, aviser les jurés qu'ils ne pouvaient se rendre à la suggestion de la Couronne en regard de ces éléments de preuve. Sur ce dernier point ils ont raison.

Quant à la question principale, il n'est pas nécessaire d'en traiter dans le cadre de ce pourvoi.

D'ailleurs, l'intimée dans son mémoire et oralement devant cette Cour à l'audition n'a nullement pris position sur la question principale et s'est retranchée tant sur celle-ci que sur la question subsidiaire derrière les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel*, de telle sorte que nous n'avons pas eu sur ce point l'avantage d'une soutenance de la position adoptée par le juge du procès et par la Cour d'appel du Québec.

Revenant à l'omission du juge concernant les propos du procureur de la Couronne, je ne crois pas qu'il s'agit là d'une erreur où l'on devrait recourir au sous-al. 613(1)(b)(iii). En effet, l'intimée n'a pas démontré à ma satisfaction que sans cette erreur le verdict eût été nécessairement le même.

En terminant, il n'est que juste de mentionner que le grief que j'agréerais pour accueillir ce pourvoi ne fut pas formulé devant la Cour d'appel du Québec.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Québec et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Solicitors for the appellant Kirsch: Proulx, Barot & Dupuis, Montreal.

Solicitor for the appellant Rosenthal: Jeffrey K. Boro, Montreal.

Solicitors for the respondent: Lapointe, Schachter & Champagne, Montreal.

Procureurs de l'appellant Kirsch: Proulx, Barot Dupuis, Montréal.

Procureur de l'appellant Rosenthal: Jeffrey K. Boro, Montréal.

Procureur de l'intimée: Lapointe, Schachter & Champagne, Montréal.