

Allwyn George McFall *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1978: December 5, 6; 1979: June 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey and Pratte JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Three persons convicted on charge of murder — Joint trial — Errors by trial judge with respect to use of extrajudicial statements of accused — Overwhelming evidence implicating appellant — Application of provisions of Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii).

The appellant was one of three persons charged and convicted of the non-capital murder of David Perry in the City of Winnipeg after a trial by judge and jury and all of whom were thereupon sentenced to life imprisonment. The conviction was confirmed by a majority of the Manitoba Court of Appeal; O'Sullivan J.A. dissenting would have ordered new and separate trials. The appellant then appealed to this Court pursuant to s. 618(1)(a) of the *Criminal Code* on the basis of a dissent in the Court of Appeal on a question of law.

The certificate of the Court of Appeal set out 12 grounds of dissent, the first three of which were as follows: "1. The learned trial judge erred in inviting the jury to compare and contrast the confessions of the appellant with the confessions of his co-accused, to test the validity of the confessions of the appellant. 2. The learned trial judge erred in inviting the jury to consider the statements of the appellant's co-accused, which were inadmissible as against the appellant, in considering the credibility of the appellant. 3. The learned trial judge erred in permitting the appellant to be asked, during his cross-examination, to comment on the veracity of his co-accused in connection with their confessions and to comment on the veracity of other witnesses."

The majority reasons in the Court of Appeal came to the same conclusion as the dissent with respect to the first three grounds of dissent but applied s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* and dismissed the appeal.

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

Per Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and Pratte JJ.: Having regard to the overwhelming evidence

Allwyn George McFall *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1978: 5 et 6 décembre; 1979: 28 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey et Pratte.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Trois personnes déclarées coupables d'un meurtre — Procès conjoint — Erreurs commises par le juge du procès relativement à l'utilisation de déclarations extra-judiciaires de l'accusé — Preuve écrasante de la participation de l'appelant — Application des dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du Code criminel.

L'appelant, avec deux autres hommes, a été accusé et déclaré coupable du meurtre non qualifié de David Perry dans la ville de Winnipeg après un procès devant juge et jury; ils ont tous été condamnés à l'emprisonnement à perpétuité. La Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, a confirmé la déclaration de culpabilité; le juge O'Sullivan, dissident, aurait ordonné de nouveaux procès séparés. L'appelant a interjeté appel devant cette Cour en vertu de l'al. 618(1)a) du *Code criminel* en se fondant sur une dissidence sur une question de droit en Cour d'appel.

Le certificat de la Cour d'appel expose les 12 motifs de dissidence. Voici les trois premiers: «1. Le savant juge du procès a commis une erreur en invitant le jury à comparer et à mettre en opposition les aveux de l'appelant et ceux de ses coaccusés, pour vérifier la validité des aveux de l'appelant. 2. Le savant juge du procès a commis une erreur en invitant le jury à examiner, pour évaluer la crédibilité de l'appelant, les déclarations de ses coaccusés qui n'étaient pas recevables en preuve contre lui. 3. Le savant juge du procès a commis une erreur en permettant que l'on demande à l'appelant, en contre-interrogatoire, de faire des commentaires quant à la véracité des aveux de ses coaccusés et quant à la véracité des dépositions d'autres témoins.»

La majorité de la Cour d'appel est arrivée à la même conclusion que le juge dissident quant aux trois premiers motifs de dissidence, mais a appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* et a rejeté l'appel.

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

Les juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et Pratte: Vu la preuve écrasante de la participation de

implicating the appellant in the murder of which he was convicted, the Court of Appeal was satisfied that this was a case in which, in spite of the errors of the trial judge referred to in the judgments below, there was no "substantial wrong or miscarriage of justice" and the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* were properly applicable. There was no error in law in the majority judgment of the Court of Appeal.

Per Laskin C.J. and Spence and Estey JJ., dissenting: The use of the confessions by the co-accused against the appellant was a fundamental violation of the rule against the admission of hearsay evidence and a gross exception to or expansion of the exception from the general prohibition which is unrecognized in the law. (*Schmidt v. R.*, [1945] S.C.R. 438.)

The jury was not protected against misuse of the extrajudicial statements by proper instructions, but conversely was invited to analyse each statement in the light of the contents of the other two statements as though each were evidence against the appellant. In this appeal, it was evident from hindsight that the problem of misuse of confessions would have been avoided by separate trials. But the exposure of the question to hindsight was not the answer. There was nothing to indicate any error on the part of the trial judge in the exercise of his discretion on the question of separate or joint trials. The problem began with the improper use of the statements of the co-accused in the cross-examination of the appellant, continued in improper addresses to the jury, and culminated in instructions to the jury by the trial judge concerning the comparison of the various statements made by the co-accused.

A serious and fundamental error of law was committed, and one could not be certain that in the absence of this repeated error a jury properly instructed would necessarily have reached the same conclusion with reference to the appellant. Therefore, in these circumstances, and on the basis of past decisions of this Court on the question of the proper application of the curative powers granted under s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* (or its predecessor), that subsection could not be invoked and the conviction therefore should not stand. Dissent on the issue of the application of s. 613(1)(b)(iii) in an appellate court is dissent on a question of law which can therefore be reviewed by this Court. [*Bruton v. U.S.* (1968), 391 U.S. 123; *Brooks v. The King*, [1927] S.C.R. 633; *Stein v. The King*, [1928] S.C.R. 553; *Lizotte v. The King*, [1951] S.C.R. 115; *Brown v. The Queen*, [1962] S.C.R. 371; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *The King v. Décarv*, [1942] S.C.R.

l'appelant au meurtre dont il a été reconnu coupable, la Cour d'appel était persuadée, malgré les erreurs du juge du procès relevées dans les motifs de jugement qu'elle a exprimés, qu'il ne s'était produit «aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave» et que les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* devaient s'appliquer. Il n'y a eu aucune erreur de droit dans les motifs de l'arrêt de la majorité de la Cour d'appel.

Le juge en chef Laskin et les juges Spence et Estey, dissidents: L'utilisation des aveux des coaccusés contre l'appelant constituait une violation fondamentale de la règle contre la réception de la preuve par ouï-dire et une exception inacceptable ou un élargissement de l'exception à l'interdiction générale, exception que le droit ne reconnaît pas. (*Schmidt c. R.*, [1945] R.C.S. 438.)

Le jury n'a pas été mis en garde, par des directives appropriées, contre la mauvaise utilisation de ces déclarations extrajudiciaires; au contraire, on l'a invité à analyser chaque déclaration à la lumière du contenu des deux autres déclarations comme si chacune d'elles constituait une preuve contre l'appelant. Dans la présente affaire, il est manifeste, avec le recul, qu'on aurait pu éviter la difficulté de la mauvaise utilisation des aveux par la tenue de procès séparés. Cependant, le recul du temps ne constitue pas une réponse. Le dossier n'indique aucune erreur de la part du juge du procès dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sur la question des procès séparés ou du procès conjoint. Le problème a pris naissance avec l'utilisation irrégulière des déclarations des coaccusés au cours du contre-interrogatoire de l'appelant, il s'est poursuivi dans le réquisitoire et les plaidoyers et il a atteint son point culminant dans les directives du juge au jury sur la comparaison des différentes déclarations des coaccusés.

Une erreur de droit grave et fondamentale a été commise et on ne peut être sûr que, sans cette erreur répétée, un jury ayant reçu des directives appropriées serait nécessairement arrivé à la même conclusion en ce qui regarde l'appelant. En conséquence, compte tenu de ces circonstances, et à partir de décisions antérieures rendues par cette Cour sur la question de la bonne application des pouvoirs réparateurs accordés par le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* (ou une disposition antérieure au même effet), ce sous-alinéa ne peut être invoqué et la déclaration de culpabilité ne peut être maintenue. Une dissidence sur la question de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) devant une cour d'appel équivaut à une dissidence sur une question de droit; elle peut donc être examinée par cette Cour. [Jurisprudence: *Bruton v. U.S.* (1968), 391 U.S. 123; *Brooks c. Le Roi*, [1927] R.C.S. 633; *Stein c. Le Roi*, [1928] R.C.S. 553; *Lizotte c. Le Roi*, [1951] R.C.S. 115; *Brown c. La*

80; *Rozon v. The King*, [1951] S.C.R. 248; *Pearson v. The Queen*, [1959] S.C.R. 369; *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba¹, dismissing, by a majority, appeals by the appellant and two others from their conviction of non-capital murder. Appeal dismissed, Laskin C.J., Spence and Estey JJ. dissenting.

D'Arcy McCaffrey, Q.C., for the appellant.

J. G. Dangerfield, for the respondent.

The reasons of Laskin C.J. and Spence and Estey JJ. were delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—The appellant was one of three persons charged and convicted of the non-capital murder of David Perry in the City of Winnipeg after a trial by judge and jury and all of whom were thereupon sentenced to life imprisonment. The conviction was confirmed on appeal by a majority of the Manitoba Court of Appeal (reasons given by Freedman C.J.M., concurred in by Guy, Monnin and Matas J.J.A.; O'Sullivan J.A. dissenting would have ordered new and separate trials). The other two persons charged and convicted who have not appealed the judgment of the Court of Appeal were Kizyma and Puffer. The appellant McFall now appeals to this Court pursuant to s. 618(1)(a) on the basis of a dissent in the Court of Appeal on a question of law.

The certificate of the Court of Appeal sets out the grounds of dissent:

1. The learned trial judge erred in inviting the jury to compare and contrast the confessions of the appellant with the confessions of his co-accused, to test the validity of the confessions of the appellant.
2. The learned trial judge erred in inviting the jury to consider the statements of the appellant's co-accused, which were inadmissible as against

Reine, [1962] R.C.S. 371; *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739; *Le Roi c. Décary*, [1942] R.C.S. 80; *Rozon c. Le Roi*, [1951] R.C.S. 248; *Pearson c. La Reine*, [1959] R.C.S. 369; *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba¹ qui a rejeté à la majorité les appels interjetés par l'appellant et deux autres hommes de leur déclaration de culpabilité pour meurtre non qualifié. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et les juges Spence et Estey étant dissidents.

D'Arcy McCaffrey, c.r., pour l'appellant.

J. G. Dangerfield, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et des juges Spence et Estey rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—L'appellant, avec deux autres hommes, a été accusé et déclaré coupable du meurtre non qualifié de David Perry dans la ville de Winnipeg après un procès devant juge et jury; ils ont tous été condamnés à l'emprisonnement à perpétuité. La Cour d'appel du Manitoba, à la majorité, a confirmé la déclaration de culpabilité. (Motifs de jugement rédigés par le juge en chef Freedman, auxquels ont souscrit les juges Guy, Monnin et Matas; le juge O'Sullivan, dissident, aurait ordonné de nouveaux procès séparés). Les deux autres hommes qui ont été accusés et déclarés coupables, Kizyma et Puffer, n'ont pas appelé de l'arrêt de la Cour d'appel. L'appellant McFall se pourvoit devant cette Cour en vertu de l'al. 618(1)a) en se fondant sur une dissidence sur une question de droit en Cour d'appel.

Le certificat de la Cour d'appel expose les motifs de dissidence:

- [TRADUCTION] 1. Le savant juge du procès a commis une erreur en invitant le jury à comparer et à mettre en opposition les aveux de l'appellant et ceux de ses coaccusés, pour vérifier la validité des aveux de l'appellant.
2. Le savant juge du procès a commis une erreur en invitant le jury à examiner, pour évaluer la crédibilité de l'appellant, les déclarations

¹ [1976] 6 W.W.R. 239, 31 C.C.C. (2d) 81.

¹ [1976] 6 W.W.R. 239, 31 C.C.C. (2d) 81.

the appellant, in considering the credibility of the appellant.

3. The learned trial judge erred in permitting the appellant to be asked, during his cross-examination, to comment on the veracity of his co-accused in connection with their confessions and to comment on the veracity of other witnesses.

4. The learned trial judge erred in failing to instruct the jury that, where two or more persons conspire together to commit robbery and to use violence in the course of the robbery, and death results from the use of violence by one or more of the co-conspirator(s), a conspirator is guilty of murder only if the bodily harm that resulted in death was of a type that was within the scope of the common enterprise.

5. The learned trial judge erred in refusing a motion for the severance of the trials.

6. The learned trial judge erred in failing to rule inadmissible the extra-judicial statement made by the accused, McFall.

7. The learned trial Judge erred in excluding from the jury the theory of the defence of the appellant, that the deceased was a homosexual and that the deceased had invited one of the co-accused to his room to engage in homosexual activity, for which the co-accused was to be paid.

8. The learned trial Judge erred in failing to instruct the jury properly on the meaning of the word "steal" in the criminal law.

9. The learned trial Judge erred in failing to instruct the jury properly on the meaning of the word "wilfully."

10. The learned trial Judge erred in admitting evidence of appellant's previous bad character in the form of a conversation relating to appellant's previous dealings with homosexuals.

11. The learned trial judge erred in failing to instruct the jury that they could believe the

de ses coaccusés qui n'étaient pas recevables en preuve contre lui.

3. Le savant juge du procès a commis une erreur en permettant que l'on demande à l'appellant, en contre-interrogatoire, de faire des commentaires quant à la véracité des aveux de ses coaccusés et quant à la véracité des dépositions d'autres témoins.

4. Le savant juge du procès a commis une erreur en omettant de dire au jury dans ses directives que si deux ou plusieurs personnes complotent en vue de commettre un vol qualifié et d'avoir recours à la violence pendant la perpétration du vol et s'il y a mort d'homme par suite de l'emploi de la violence par une ou plusieurs des parties au complot, la personne qui a comploté est coupable de meurtre seulement si les lésions corporelles qui ont entraîné la mort étaient d'un genre qui était prévisible en fonction du projet commun.

5. Le savant juge du procès a commis une erreur en rejetant une requête qui demandait la tenue de procès séparés.

6. Le savant juge du procès a commis une erreur en recevant en preuve la déclaration extrajudiciaire de l'accusé McFall.

7. Le savant juge du procès a commis une erreur en refusant que soit exposée au jury la théorie de la défense de l'appellant que la victime était un homosexuel qui avait invité à sa chambre un des coaccusés pour se livrer avec lui à des actes d'homosexualité, moyennant rémunération.

8. Le savant juge du procès a commis une erreur en omettant d'instruire correctement le jury sur le sens du mot «voler» en droit criminel.

9. Le savant juge du procès a commis une erreur en omettant d'instruire correctement le jury sur le sens du mot «volontairement».

10. Le savant juge du procès a commis une erreur en permettant que soit produite une preuve de la mauvaise réputation de l'appellant, savoir une conversation ayant trait aux rapports antérieurs de l'appellant avec des homosexuels.

11. Le savant juge du procès a commis une erreur en omettant de donner au jury la direc-

accused guilty of some crime other than murder or manslaughter, such as aggravated assault.

12. The Section 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code should not be applied in order to dismiss the appeal.

The majority reasons in the Court of Appeal came to the same conclusion as the dissent with respect to the first three grounds of dissent but applied s. 613(1)(b)(iii) and dismissed the appeal. The Chief Justice expressed his views on these errors in this way:

Growing out of the contention just considered is a submission that there was error in the course of the trial in Crown counsel using the statements of Puffer and Kizyma in the cross-examination of McFall. I agree that there was error. If Puffer's statement is not admissible against McFall he should not be confronted with it on cross-examination. So too with Kizyma's statement. To me this looks too much like getting in the back door what one can't get in through the front door. But what was the effect of the error? As I read the evidence no prejudice to the accused resulted from the course taken. Indeed it enabled McFall to whittle down, or at least to try to whittle down, some of the damaging assertions contained not only in his statement but in those of the others.

There is also a contention that Crown counsel erred in inviting the jury to make a comparison between the statement of the three accused—thus asking them to compare admissible evidence with inadmissible evidence. I agree that the course taken was wrong. But the learned trial Judge in his charge to the jury made it plain that (1) the addresses of counsel were not evidence and were not to be treated as such; (2) the jury were to take their law from him alone; (3) the case of each accused was to be considered and judged separately from the others; and (4) the statement to the police of each accused was not evidence against the other two

tive qu'il pouvait trouver l'accusé coupable de quelque crime autre que le meurtre ou l'homicide involontaire coupable, par exemple celui d'avoir causé des lésions corporelles.

12. Le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne devrait pas être appliqué pour faire rejeter l'appel.

La majorité de la Cour d'appel est arrivée à la même conclusion que le juge dissident quant aux trois premiers motifs de dissidence, mais a appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) et a rejeté l'appel. Le Juge en chef a exprimé son opinion sur ces erreurs de la façon suivante:

[TRADUCTION] De l'argument que nous venons d'examiner ressort la proposition qu'il y a eu une erreur au cours du procès dans l'utilisation par le substitut du procureur général des déclarations de Puffer et de Kizyma pour contre-interroger McFall. Je suis d'accord que cela constituait une erreur. Si la déclaration de Puffer n'est pas recevable contre McFall, on n'aurait pas dû le confronter avec cette déclaration en contre-interrogatoire. Il en est de même pour la déclaration de Kizyma. A mon avis, c'est là faire indirectement ce que l'on n'a pas le droit de faire directement. Mais quel a été l'effet de cette erreur? Suivant mon interprétation de la preuve, cette façon de procéder n'a causé aucun préjudice à l'accusé. En vérité, elle a permis à McFall de mitiger, ou du moins de tenter de mitiger quelques-unes des affirmations préjudiciables contenues non seulement dans sa déclaration mais aussi dans celle des autres.

On a aussi prétendu que le substitut du procureur général a commis une erreur en invitant le jury à comparer la déclaration des trois accusés, ce qui équivaut à lui demander de comparer une preuve recevable avec une preuve irrecevable. Je suis d'avis que cette façon de procéder était fautive. Cependant le savant juge du procès dans son exposé au jury a bien expliqué que (1) le réquisitoire et les plaidoyers des avocats ne constituaient pas une preuve et ne devaient pas être considérés comme telle; (2) le jury devait se fier exclusivement à l'exposé du droit que lui faisait le juge; (3) la preuve contre chaque accusé devait être étudiée et appréciée séparément; et

accused and was not to be treated as such. That in my view would very much lessen, if indeed it did not entirely eliminate, the possible damaging effect of Crown counsel's suggestion.

. . .

That there were errors in the trial—some above referred to, others more minor in character—I do not deny. A perfect record rarely emerges in a criminal trial. But the learned trial Judge's handling of the trial was scrupulously fair. Such error as crept in did not, in my view, result in any "substantial wrong or miscarriage of justice". Applying the provisions of Sec. 613(1)(b)(iii) I would dismiss the appeal.

O'Sullivan J.A., discussing the three individual extra-judicial statements by the co-accused which were introduced in evidence by the Crown, stated:

These confessions, while partly implicating their authors, all offered explanations which if accepted by a jury might reduce the author's participation to something less than murder. Each confession sought to throw a large share of the blame on the other accused.

. . .

... Crown counsel adopted at the trial a course of action which, although on reflection it was extraordinary, was acquiesced in by the presiding judge and by counsel for each of the accused. Crown counsel took the three confessions and he compared and contrasted them. He did so through a cross-examination of the accused McFall who took the witness stand after his confession had been ruled voluntary. He did so in the course of a detailed speech to the jury. He invited the jury to look at each statement side by side with the other confessions and to infer from them—from their similarities and from their differences—and from their consist-

(4) la déclaration de chaque accusé aux policiers ne constituait pas une preuve contre les deux autres accusés et ne devait pas être considérée comme telle. Ces directives, à mon avis, avaient pour effet de diminuer considérablement sinon d'éliminer complètement le préjudice qu'aurait pu entraîner la suggestion du substitut de procureur général.

. . .

Je ne conteste pas qu'il y ait eu des erreurs au cours du procès, certaines dont nous avons parlé, d'autres de nature moins grave. Il est rare que le dossier d'un procès criminel soit impeccable. Cependant, le savant juge a mené le procès d'une manière rigoureusement équitable. Les erreurs qui ont pu se glisser au cours du procès n'ont, à mon avis, entraîné «aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave». Appliquant les dispositions du sous-al. 613(1)(b)(iii), je suis d'avis de rejeter l'appel.

Analysant les déclarations extrajudiciaires de chacun des trois coaccusés, introduites en preuve par le ministère public, le juge O'Sullivan a dit:

[TRADUCTION] Ces aveux, bien qu'ils aient en partie incriminé leur auteur, proposaient tous des explications qui, si elles étaient acceptées par le jury, auraient pu réduire la participation de leur auteur à une infraction moins grave que le meurtre. Chaque aveu cherchait à rejeter une grande partie du blâme sur les autres accusés.

. . .

... Le substitut du procureur général a adopté au procès une façon de procéder qui, bien qu'elle puisse, à la réflexion, paraître extraordinaire, a été admise et par le juge et par l'avocat de chacun des accusés. Le substitut du procureur général a comparé et mis en opposition les trois aveux. Il l'a fait au moyen d'un contre-interrogatoire de l'accusé McFall qui a témoigné après que son aveu eut été jugé volontaire. Il l'a fait au moment de son réquisitoire au jury. Il a invité le jury à étudier chaque déclaration en regard des autres déclarations et, à partir de leurs ressemblances et différences, ainsi que de leur compatibilité ou incompatibilité avec les

ency or inconsistency with the physical facts—to infer from them what happened on the night in question.

In my opinion, it was a serious error for Crown counsel to invite the jury thus to compare and contrast the confessions.

Having come to the conclusion that there were a number of serious errors in the course of the trial, I am satisfied that the verdict is not one that twelve persons properly instructed would necessarily have come to.

It is apparent that these extrajudicial statements made by the three accused were the subject of extensive use in cross-examination of the accused, were mentioned in addresses to the jury by both counsel for the co-accused and the Crown, and by the Court in charging the jury. In all these instances, these three statements were compared and cross-checked so that the statements of the co-accused were repeatedly presented as though admissible against the appellant for any and all purposes in the same manner as his own statement. The impact on the jury was heightened by the fact that the appellant alone of the three accused entered the witness box and as will be seen from the excerpts quoted below, counsel for the co-accused Kizyma and Crown counsel put to the appellant the statements of the two co-accused and challenged the appellant for explanation of differences between the three statements. The following are excerpts from the cross-examination of the appellant by counsel for one of the co-accused:

Q. When you entered the room with Mr. Puffer, didn't you say 'We're with the R.C.M.P. Special Police.'?

A. No, Sir.

Q. Mr. Kizyma said you said that.

A. I never said it.

Q. Mr. Kizyma said you said, 'We heard that you brought some heroin to Winnipeg.'?

A. I never said that.

faits matériels, d'en déduire ce qui s'était passé la nuit en question.

A mon avis, le substitut du procureur général a commis une erreur grave en invitant ainsi le jury à comparer et à mettre en opposition les aveux.

Ayant conclu à l'existence de plusieurs erreurs graves au cours du procès, je suis d'avis que douze personnes ayant reçu des directives appropriées sur le droit ne seraient pas nécessairement arrivées au même verdict.

Il est manifeste que ces déclarations extrajudiciaires des trois accusés ont servi très largement au contre-interrogatoire de l'accusé, ont été mentionnées et dans le réquisitoire du substitut du procureur général et dans les plaidoyers des procureurs des coaccusés et dans l'exposé du juge au jury. Chaque fois, ces trois déclarations ont été comparées et vérifiées par recoupement de manière que les déclarations des coaccusés ont été à plusieurs reprises présentées comme si elles étaient recevables contre l'appelant aux mêmes fins et de la même façon que sa propre déclaration. L'influence de cette façon de procéder sur le jury a été rehaussée du fait que l'appelant a été le seul des trois coaccusés à témoigner et, comme nous le verrons par les extraits cités plus loin, l'avocat du coaccusé Kizyma et le substitut du procureur général ont présenté à l'appelant les déclarations des deux coaccusés et l'ont mis en demeure d'expliquer les différences entre les trois déclarations. Ce qui suit est extrait du contre-interrogatoire de l'appelant par l'avocat d'un des coaccusés:

[TRADUCTION] Q. Lorsque vous êtes entré dans la chambre avec M. Puffer n'avez-vous pas dit: «Nous sommes de la police spéciale de la G.R.C.»?

R. Non, monsieur.

Q. M. Kizyma déclare que vous avez dit cela.

R. Je n'ai jamais dit ça.

Q. M. Kizyma a déclaré que vous avez dit: «Nous avons entendu dire que vous avez apporté de l'héroïne à Winnipeg.»

R. Je n'ai jamais dit cela.

Q. David said 'no'.

A. I never heard.

Q. So Mr. Kizyma is lying again?

A. Uh-huh.

Q. Then Mr. Kizyma said you slapped him and told him he did.

A. I never touched him.

Q. Mr. Kizyma is lying again?

A. (no reply.)

THE COURT: The witness is not answering your question.

MR. SCHWARTZWALD: I think he had.

THE COURT: I don't think he did. You are reading statements that are intended to be questions and not getting an answer.

Q. So Mr. Kizyma is lying when he said you slapped Mr. Perry and told him that he did bring drugs to Winnipeg?

A. I suppose so he's lying.

Q. In Mr. Kizyma's statement he says he put the pillow on Mr. Perry?

A. Yes.

Q. He's not lying there, is he?

A. No.

The following is an excerpt from the cross-examination of the appellant by the Crown Attorney:

Q. I want to refer you to Mr. Puffer's statement. As a matter of fact I am suggesting to you what Mr. Puffer said is accurate, "I went to Allwyn and said, 'There's no money.'" Do you remember Mr. Puffer saying that?

A. No, sir.

Q. "By this time they—Mark and Allwyn were wrestling David on the floor." Wasn't that the truth?

A. No, sir.

Q. So you say that part of Mr. Puffer's statement is not true?

A. Yes, sir.

Q. "Mark and Allwyn were wrestling David on the floor.", is not true?

A. No, sir.

Q. All right, let us go back to the statement again. "While I was doing this Kerry went through his suits in the closet looking for money." Isn't that right?

A. No, sir.

Q. David a dit «Non».

R. Je ne l'ai jamais entendu.

Q. Alors, M. Kizyma mentait encore?

R. Uh-huh.

Q. Alors M. Kizyma a déclaré que vous l'aviez giflé et que vous lui aviez dit qu'il l'avait fait.

R. Je ne l'ai jamais touché.

Q. M. Kizyma mentait encore?

R. (Pas de réponse.)

LA COUR: Le témoin ne répond pas à votre question.

M^{re} SCHWARTZWALD: Je crois qu'il a répondu.

LA COUR: Je ne crois pas qu'il ait répondu. Vous lisez des déclarations sous forme de questions et vous n'avez pas de réponse.

Q. Alors, M. Kizyma mentait lorsqu'il a déclaré que vous aviez giflé M. Perry et que vous lui aviez dit qu'il avait apporté des stupéfiants à Winnipeg?

R. Je suppose qu'il mentait.

Q. Dans sa déclaration M. Kizyma dit qu'il a mis l'oreiller sur M. Perry?

R. Oui.

Q. Il ne mentait pas à ce moment-là, n'est-ce pas?

R. Non.

Ce qui suit est extrait du contre-interrogatoire de l'appelant par le substitut du procureur général:

[TRADUCTION] Q. Je vous réfère à la déclaration de M. Puffer. Je vous suggère que ce que M. Puffer a déclaré est exact: «Je suis allé vers Allwyn et j'ai dit «il n'y a pas d'argent».» Vous souvenez-vous que M. Puffer ait dit cela?

R. Non, monsieur.

Q. «A ce moment-là, Mark et Allwyn retenaient David au sol». Est-ce vrai?

R. Non, monsieur.

Q. Alors vous affirmez qu'une partie de la déclaration de M. Puffer n'est pas vraie?

R. Oui, monsieur.

Q. "Mark et Allwyn retenaient David au sol"; ce n'est pas vrai?

R. Non, monsieur.

Q. Très bien, revenons à la déclaration. «Pendant que je faisais cela Kerry fouillait ses complets dans la garde-robe pour trouver de l'argent». Est-ce vrai?

R. Non, monsieur.

Q. It's not right?

A. No, sir.

Q. Mr. Kizyma in his statement, Exhibit 67, said "Meanwhile Allwyn was saying 'We're R.C.M.P. Special Police.'" You were telling him you were the R.C.M.P. Heroin Squad and he went on to say about you slapping.

A. No sir, he did not do that.

Q. Then further on in Kizyma's statement, "Then he went to get up and I pushed him over the bed, and he landed on the floor on the other side." Is that statement true?

A. That I pushed him?

Q. Kizyma said he pushed him.

A. Yes, that was when we entered the room.

Q. "Then he went to get up and I" referring to Mr. Kizyma, "pushed him over the bed, and he landed on the floor on the other side."; is that true?

A. I don't know where he landed.

Q. He pushed him over the bed?

A. He pushed him, yes.

Q. You told us that already.

A. Yes.

Q. The next sentence in Kizyma's statement, "Then Tom," Mr. Puffer, "came back into the room and I" which means Kizyma, "went looking for money. I opened the closet door to see if there was any money inside there but I did not touch none of his suits or his clothing."; isn't that the truth?

A. It might be.

Q. When you say in your statement, again coming back so we know where we are standing right after the phone was put back on the hook, "While I was doing this Kerry went through his suits in the closet looking for money." That's the truth, isn't it?

A. No.

Q. You said Kizyma's statement might be true but yours is wrong?

A. If he said he done it, then he done it.

Q. False. In Kizyma's letter, Exhibit 68, the one he wrote to his parents says, "And I said I couldn't find any money. And the guy said he left his wallet in the vault downstairs in the hotel front

Q. Ce n'est pas vrai?

R. Non, monsieur.

Q. Dans sa déclaration, pièce 67, M. Kizyma a dit «Pendant ce temps-là, Allwyn disait: «Nous sommes de la police spéciale de la G.R.C.» Vous lui disiez que vous faisiez partie de l'escouade de l'héroïne de la G.R.C. et il a poursuivi en racontant que vous donniez des gifles.

R. Non, monsieur, il n'a pas fait ça.

Q. Plus loin dans la déclaration de Kizyma, on lit: «Alors il a tenté de se lever et je l'ai poussé sur le lit et il est tombé sur le sol de l'autre côté.», est-ce que cette déclaration est vraie?

R. Que je l'ai poussé?

Q. Kizyma dit qu'il l'a poussé.

R. Oui, c'est lorsque nous sommes entrés dans la chambre.

Q. «Alors il a tenté de se lever et je» c'est-à-dire M. Kizyma, «... je l'ai poussé sur le lit et il est tombé sur le sol de l'autre côté». Est-ce vrai?

R. Je ne sais pas où il est tombé.

Q. Il l'a poussé sur le lit?

R. Il l'a poussé, oui.

Q. Vous nous avez déjà dit cela.

R. Oui.

Q. La phrase suivante dans la déclaration de Kizyma: «Alors, Tom», M. Puffer, «est revenu dans la chambre et je» c'est-à-dire Kizyma, «... j'ai commencé à chercher de l'argent. J'ai ouvert la porte de la garde-robe pour voir s'il y avait de l'argent mais je n'ai touché à aucun de ses complets ou vêtements.»; est-ce que c'est la vérité?

R. Cela pourrait être vrai.

Q. Lorsque vous dites dans votre déclaration, et pour nous situer c'est tout de suite après que le récepteur du téléphone a été raccroché: «Pendant que je faisais cela Kerry fouillait ses complets dans la garde-robe pour trouver de l'argent.». C'est la vérité n'est-ce pas?

R. Non.

Q. Vous dites que la déclaration de Kizyma est peut-être vraie, mais que la vôtre ne l'est pas?

R. S'il a dit qu'il l'a fait, alors il l'a fait.

Q. Faux. Dans la lettre de Kizyma, pièce 68, celle qu'il a écrite à ses parents, il dit: «Et j'ai dit que je n'ai pas pu trouver d'argent. Et le type a dit qu'il avait laissé son portefeuille dans le coffre-fort à la

desk." What do you have to say about that? Is that true?

A. I don't know if it is true or not.

THE COURT: What exhibit was that?

MR. NOZICK: I referred to the letter, Exhibit 68, the one written by Mr. Kizyma to his parents.

BY MR. NOZICK:

Q. You say virtually the same thing in your statement, don't you?

A. Yes.

Q. You cannot say whether it was true or not?

A. He read my statement too.

Q. That is in your statement you gave to the police, didn't you?

A. Yes.

Q. Referring you to Mr. Puffer's statement, Exhibit 50, and I will read it in context, "Allwyn and Mark were talking to David. I went to Allwyn and said there's no money . . ."; do you recall that?

A. I recall his coming to me and saying that.

Q. "By this time they — Mark and Allwyn were wrestling David on the floor. Allwyn told me to tie his feet and gave me a belt. I remember tying his feet. Then one of them said 'Let's go.'" is that right?

A. Yes.

Q. You are the one, I suggest to you, that handed the belt to Mr. Puffer and told Mr. Puffer to tie his feet?

A. No, sir.

Q. So that part of Mr. Puffer's statement is not true?

A. If I told Mr. Puffer to jump in the fire, would he jump in the fire?

Q. I don't know. He's your friend.

A. I don't think he would.

THE COURT: There were several comments put to the witness in that statement, Mr. Nozick more important than would he do this or that. I think the witness should be given a more specific opportunity to refer to your part of the question taken from Puffer's statement that suggested that Allwyn gave him the belt and told him to tie his feet.

MR. NOZICK: To be more specific I tried not to take the statement out of context.

réception de l'hôtel.» Qu'avez-vous à dire à ce sujet? Est-ce vrai?

R. Je ne sais pas si c'est vrai ou pas.

LA COUR: De quelle pièce s'agit-il?

M^e NOZICK: Je me réfèrais à la lettre, pièce 68, celle que M. Kizyma a écrite à ses parents.

PAR M^e NOZICK:

Q. Vous avez dit essentiellement la même chose dans votre déclaration n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Vous ne pouvez dire si c'est vrai ou non?

R. Il a lu ma déclaration aussi.

Q. C'est dans la déclaration que vous avez faite à la police n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Je vous réfère à la déclaration de M. Puffer, pièce 50, et je vais vous la lire dans le contexte: «Allwyn et Mark parlaient à David. Je suis allé vers Allwyn et j'ai dit il n'y a pas d'argent . . .»; vous souvenez-vous de cela?

R. Je me souviens qu'il est venu vers moi et qu'il a dit cela.

Q. «A ce moment-là ils — Mark et Allwyn retenaient David au sol. Allwyn m'a dit de lui attacher les pieds et il m'a donné une ceinture. Je me souviens de lui avoir attaché les pieds. Alors l'un d'entre eux a dit «partons!» Est-ce exact?

R. Oui.

Q. C'est vous qui avez remis la ceinture à M. Puffer et qui avez dit à M. Puffer de lui attacher les pieds?

R. Non, monsieur.

Q. Alors cette partie de la déclaration de M. Puffer n'est pas vraie?

R. Si je disais à M. Puffer de sauter dans le feu, est-ce qu'il le ferait?

Q. Je ne sais pas. C'est votre ami.

R. Je ne pense pas qu'il le ferait.

LA COUR: M^e Nozick, il y a plusieurs commentaires dans cette déclaration qui sont plus importants que celui de savoir s'il ferait ceci ou cela. Je pense que le témoin devrait avoir la possibilité de répondre de façon précise à cette partie de la question que vous posez à partir de la déclaration de Puffer suivant laquelle Allwyn lui a donné la ceinture et lui a dit de lui attacher les pieds.

M^e NOZICK: C'est pour être plus précis que j'ai tenté de ne pas sortir la déclaration de son contexte.

BY MR. NOZICK:

Q. I am taking a statement and suggesting it is true from Mr. Puffer's statement, "Allwyn told me to tie his feet and gave me a belt—I remember tying his feet."; what do you have to say about that statement?

A. It's not true.

Q. Then going back to your statement, which you deny, "Jason was tying his feet with his belt and Kerry was hitting him in the face and he tied his hands with something behind his back."; what do you have to say about that statement?

A. I never told him to tie his hands behind his back. I asked the police how was his hands tied and they told me.

Q. I am suggesting to you, Mr. McFall, you were the one that was really quarterbacking this whole scene. You were the one that was telling everybody else what to do?

A. No, sir.

Q. I am going to read you part of Mr. Kizyma's statement, Exhibit 67, and I want you to tell me whether you agree or disagree with what Mr. Kizyma told the police in this statement, Exhibit 67. Remember I read you the part, "I opened the closet door to see if there was any money inside there but I didn't touch none of his suits or his clothing." Do you remember when I asked you that before?

A. Yes.

Q. You told me that might be true, was that your answer?

A. Yes.

Q. Then it goes on in the next sentence, "When I came back into the room Tom had David against the wall and Tom threw him on the ground and punched him."; do you remember that?

A. No, sir.

Q. He went on, "He went on the ground then Allwyn was holding him down . . ."; do you remember that?

A. No, sir.

Q. "And he" referring to you, "told me to grab his arms, then Allwyn passed Tom the belt and Allwyn said 'Tie his feet.' "; do you remember that?

A. No, sir.

PAR M^e NOZICK:

Q. Je me réfère à la déclaration de M. Puffer et je suggère qu'il dit la vérité lorsqu'il déclare: «Allwyn m'a dit de lui attacher les pieds et il m'a donné une ceinture. Je me souviens de lui avoir attaché les pieds.»; qu'avez-vous à dire à ce sujet?

R. Ce n'est pas vrai.

Q. Revenons à votre déclaration, que vous niez: «Jason était en train de lui attacher les pieds avec sa ceinture et Kerry le frappait à la figure et il lui a attaché les mains derrière le dos avec quelque chose.»; qu'avez-vous à dire au sujet de cette déclaration?

R. Je ne lui ai jamais dit de lui attacher les mains derrière le dos. J'ai demandé à la police comment ses mains étaient attachées et ils me l'ont dit.

Q. Je vous suggère, M. McFall, que c'est vous qui pilotiez toute cette affaire. C'est vous qui disiez à chacun quoi faire?

R. Non, monsieur.

Q. Je vais vous lire une partie de la déclaration de M. Kizyma, pièce 67, et je veux que vous me disiez si vous êtes d'accord ou non avec ce que M. Kizyma a raconté à la police dans cette déclaration, pièce 67. Vous vous souvenez, je vous ai lu la partie: «J'ai ouvert la porte de la garde-robe pour voir s'il y avait de l'argent mais je n'ai touché à aucun de ses complets ou vêtements.» Vous souvenez-vous lorsque je vous ai posé cette question auparavant?

R. Oui.

Q. Vous m'avez dit que cela pouvait être vrai, est-ce que c'était votre réponse?

R. Oui.

Q. La phrase suivante est: «Lorsque je suis revenu dans la chambre Tom tenait David contre le mur et Tom l'a projeté par terre et lui a donné des coups.»; vous souvenez-vous de cela?

R. Non, monsieur.

Q. Il poursuit: «Il est tombé par terre et Allwyn le retenait . . .»; vous souvenez-vous de cela?

R. Non, monsieur.

Q. «Et il» c'est-à-dire vous, «... il m'a dit de lui saisir les bras, et alors Allwyn a remis la ceinture à Tom et Allwyn a dit 'attache-lui les pieds'»; vous souvenez-vous de cela?

R. Non, monsieur.

Q. You deny that?

A. Yes, sir.

Q. "David was just laying there and was saying 'Oh my God.'"; do you remember that?

A. No, sir.

Q. You don't remember Mr. Perry saying, "Oh, my God."?

A. No, sir.

Q. You don't remember that?

A. No, sir.

Q. "Then Allwyn passed me the" that is Mr. Kizyma, "the coffee pot cord and told me to tie his hands up."; isn't that right?

A. No, sir.

Q. "We were going to leave the room then and Allwyn said 'Gag him.'"; isn't that right?

A. No, sir.

Q. You did not say, "Gag him."?

A. No, sir.

Q. Wasn't your idea to have Mr. Puffer tie David Perry's feet with a belt?

A. No, sir.

Q. It was not your idea to have Mr. Kizyma tie Mr. Perry's hands behind his back with the coffee pot cord?

A. No, sir.

Q. It was not your idea to gag Mr. Perry?

A. No, sir.

Q. You did not play any part in this?

A. No, sir.

Q. Just going back to Mr. Kizyma's statement again, Exhibit 67, "So I couldn't find nothing to gag him with so I used a pillow and someone threw me his sweater."; do you remember that?

A. Do I remember hearing or seeing?

Q. Do you remember hearing and seeing? Mr. Kizyma said this and you tell me if this is true, "So I couldn't find nothing to gag with him so I used a pillow and someone threw me his sweater. Meanwhile Tom and Allwyn were watching . . ."; is that true?

A. I was out of the room by that time.

Q. So you were not watching Mr. Kizyma tie the pillow to the face of David Perry?

Q. Vous le niez?

R. Oui, monsieur.

Q. «David était par terre et il disait: «Oh mon Dieu!»; vous souvenez-vous de cela?

R. Non, monsieur.

Q. Vous ne vous souvenez pas que M. Perry disait, «Oh mon Dieu!»?

R. Non, monsieur.

Q. Vous ne vous souvenez pas de cela?

R. Non, monsieur.

Q. «Alors Allwyn m'a passé le» c'est la déclaration de M. Kizyma, «le fil de la cafetière électrique et il m'a dit de lui attacher les mains.»; est-ce exact?

R. Non, monsieur.

Q. «Nous allions quitter la chambre et Allwyn a dit «Bâillonnez-le!»; est-ce exact?

R. Non, monsieur.

Q. Vous n'avez pas dit: «Bâillonnez-le!»?

R. Non, monsieur.

Q. Ce n'est pas vous qui avez eu l'idée de faire attacher les pieds de David Perry par M. Puffer avec une ceinture?

R. Non, monsieur.

Q. Ce n'est pas vous qui avez eu l'idée de faire attacher les mains de M. Perry derrière son dos avec le fil de la cafetière électrique par M. Kizyma?

R. Non, monsieur.

Q. Ce n'est pas vous qui avez eu l'idée de bâillonner M. Perry?

R. Non, monsieur.

Q. Vous n'avez joué aucun rôle là-dedans?

R. Non, monsieur.

Q. Revenons à la déclaration de M. Kizyma, pièce 67: «Je ne trouvais rien pour le bâillonner, alors j'ai utilisé un oreiller et quelqu'un m'a lancé son chandail.»; vous souvenez-vous de cela?

R. Est-ce que je me souviens d'avoir entendu ou d'avoir vu?

Q. Vous souvenez-vous d'avoir entendu et vu? M. Kizyma a dit cela et vous me direz si c'est vrai: «Je ne trouvais rien pour le bâillonner, alors j'ai utilisé un oreiller et quelqu'un m'a lancé son chandail. Pendant ce temps-là Tom et Allwyn regardaient . . .»; est-ce vrai?

R. J'étais sorti de la chambre à ce moment-là.

Q. Alors vous n'avez pas vu M. Kizyma attacher l'oreiller sur le visage de David Perry?

A. No, sir.

Q. With the sweater?

A. No, sir.

Q. I am suggesting to you that it was you that threw the sweater that was used to tie the pillow up, to Mr. Kizyma?

A. No, sir.

Q. Your statement says, "I said 'Let's go.' and Kerry said 'Wait a minute' and he tied a pillow to his face."; what about that?

A. I don't remember that.

Q. After this happened in 2701 Northstar Inn, you left?

A. Yes, sir.

Q. Mr. McFall, you recall yesterday I was asking you whether certain passages in Mr. Kizyma's statement, or Mr. Puffer's statement were true?

A. Yes.

Q. Do you remember that's where we were yesterday? Now I refer you to Mr. Kizyma's statement which is Exhibit 67, page 3. Mr. Kizyma says, "Allwyn said to Tom, 'Look for money.' Tom ran around the room looking for money but couldn't find any." Now, do you recall that? Is that correct?

A. I recall you saying it yesterday, yes.

Q. Do you recall that happening in the room?

A. No, sir.

Q. Do you recall saying to Puffer, "Look for money."?

A. No, sir.

Q. Do you recall Puffer running around the room looking for money?

A. No, sir.

Q. I refer you to Mr. Puffer's statement, Exhibit 50 where he says at Page 3, "We walked in and Allwyn or Mark said 'Search for money.' So here I am looking in the drawers and that." Do you recall that happening?

A. No, sir.

Q. Did you say, "Look for money."?

A. No, sir.

Q. Or search for money?

A. No, sir.

Q. Did Kizyma say, "Search for money."?

A. No, sir.

R. Non, monsieur.

Q. Avec le chandail?

R. Non, monsieur.

Q. Je vous suggère que c'est vous qui avez lancé à M. Kizyma le chandail dont on s'est servi pour attacher l'oreiller?

R. Non, monsieur.

Q. Votre déclaration dit: «J'ai dit «partons!» et Kerry a dit: «Attendez une minute!» et il a attaché un oreiller à son visage.»; qu'est-ce que vous dites de cela?

R. Je ne m'en souviens pas.

Q. Après que tout cela s'est produit au 2701 Northstar Inn, vous êtes parti?

R. Oui, monsieur.

Q. M. McFall, vous vous souvenez qu'hier je vous demandais si certains passages de la déclaration de M. Kizyma ou de celle de M. Puffer étaient vrais?

R. Oui.

Q. Vous vous souvenez, c'est là où nous en étions hier. Je vous réfère maintenant à la déclaration de M. Kizyma, la pièce 67, page 3. M. Kizyma déclare: «Allwyn a dit à Tom: «Cherche de l'argent!». Tom a parcouru la chambre en cherchant de l'argent mais il n'a pu en trouver.» Vous souvenez-vous de cela? Est-ce exact?

R. Je me souviens que vous l'avez dit hier, oui.

Q. Vous souvenez-vous que cela se soit passé dans la chambre?

R. Non, monsieur.

Q. Vous souvenez-vous d'avoir dit à Puffer: «Cherche de l'argent!»?

R. Non, monsieur.

Q. Vous souvenez-vous que Puffer ait parcouru la chambre pour chercher de l'argent?

R. Non, monsieur.

Q. Je vous réfère à la déclaration de M. Puffer, pièce 50, où il dit à la page 3: «Nous sommes entrés et Allwyn ou Mark a dit: «Trouve de l'argent!». Alors je me suis mis à chercher dans les tiroirs et partout.» Vous souvenez-vous que cela soit arrivé?

R. Non, monsieur.

Q. Avez-vous dit: «Cherche de l'argent!»?

R. Non, monsieur.

Q. Ou: «Trouve de l'argent!»?

R. Non, monsieur.

Q. Kizyma a-t-il dit: «Trouve de l'argent!»?

R. Non, monsieur.

Q. Do you recall Mr. Puffer looking in the drawers?

A. No, sir.

Q. Did you throw the mattress on top of Mr. Perry?

A. No, sir.

Q. Again, I refer you to Exhibit 67, Mr. Kizyma's statement.

THE COURT: Would you slow down when you are referring to these various statements, please, Mr. Nozick. I'm having trouble with all the documents that are here, finding the exhibit first and then the place you're referring to.

MR. NOZICK: Yes. Perhaps I should give the page number. It might be of some assistance.

BY MR. NOZICK:

Q. At page 4 of Mr. Kizyma's statement, Mr. Kizyma said, "Then Allwyn threw the mattress over him, then we all left the room." Do you remember that happening?

A. No, sir.

Q. And in his letter to you he says, "Okay, we all agreed to roll him." Do you remember that statement in the letter?

A. Yes.

Q. That was correct, wasn't it?

A. Pardon me?

Q. That was correct, wasn't it?

A. No, sir.

Q. No. And he told you in his letter, "I'm willing to say you didn't do nothing but Tom's got to work this out himself." Do you remember that in the letter?

A. Yes.

Q. So it appeared from the letter that was written to you, or the letter that was sent to you, that Mr. Kizyma was going to try and cover up for you?

A. I wouldn't say he was trying to cover up.

Q. No?

A. I never asked him to cover up.

Q. Well, he says in his letter, "Okay, I'm the one that's going to get the time. Now, Tom, he should get a little time. Now you—I'm going to try and cover up for you. In other words, I'm going to say you didn't do fuck all." Do you remember that?

A. That's in the letter. It also says in the letter which I didn't.

Q. Pardon?

Q. Vous souvenez-vous que M. Puffer ait cherché dans les tiroirs?

R. Non, monsieur.

Q. Avez-vous jeté le matelas sur M. Perry?

R. Non, monsieur.

Q. Je vous réfère de nouveau à la pièce 67, la déclaration de M. Kizyma.

LA COUR: Pourriez-vous aller un peu plus lentement lorsque vous réferez à ces diverses déclarations, s'il vous plaît, M^e Nozick? J'ai de la difficulté avec tous ces documents, d'abord à trouver la pièce et ensuite l'endroit auquel vous réferez.

M^e NOZICK: Oui, je pourrais peut-être citer le numéro de la page. Ça pourrait aider.

PAR M^e NOZICK:

Q. A la page 4 de la déclaration de M. Kizyma, M. Kizyma a dit: «Alors Allwyn a jeté le matelas sur lui et nous avons tous quitté la chambre.» Vous souvenez-vous que cela soit arrivé?

R. Non, monsieur.

Q. Et dans la lettre qu'il vous a adressée il écrit: «D'accord, nous avons tous convenu de le voler.» Vous souvenez-vous de cette déclaration dans la lettre?

R. Oui.

Q. C'était exact, n'est-ce pas?

R. Pardon?

Q. C'était exact, n'est-ce pas?

R. Non, monsieur.

Q. Non. Et il vous a déclaré dans sa lettre: «Je suis prêt à dire que tu n'as rien fait mais Tom doit se débrouiller tout seul.» Vous souvenez-vous de cela dans la lettre?

R. Oui.

Q. Il semble donc d'après la lettre qui vous a été écrite ou la lettre qui vous a été envoyée, que M. Kizyma allait tenter de vous couvrir?

R. Je ne dirais pas qu'il tentait de me couvrir.

Q. Non?

R. Je ne lui ai jamais demandé de me couvrir.

Q. Eh bien, il écrit dans sa lettre: «D'accord c'est moi qui ferai le temps. Tom lui, il devrait faire un peu de temps. Quant à toi, je vais tenter de te couvrir. En d'autres mots, je vais dire que tu n'as rien fait du tout.» Vous souvenez-vous de cela?

R. C'est dans la lettre. La lettre dit aussi ce que je n'ai pas fait.

Q. Pardon?

A. It also says which I didn't.

Q. Exhibit 67, please. Page 4, my lord, of Exhibit 67. Mr. Kizyma made this statement and I want you to tell me if you agree with it: "Before we left the room, Allwyn took the ashtray and smashed his glasses." Do you agree with that?

A. Pardon me?

Q. "Before we left the room Allwyn took the ashtray and smashed his glasses."

A. I don't really recall taking an ashtray and smashing anybody's glasses.

Q. And then he says, "Tom hit him in the head with his fist pretty hard." Do you remember that?

A. He might have done it.

Q. Well, wasn't that when you were talking about waving your hand, "You know that you hit him. Why don't you admit it?" And he said, "All right. So I hit him but only once."

A. The only time I knew that Tom hit him was when he was talking in the Fort Garry Courts.

Q. I notice in Exhibit 70 that Mr. Kizyma starts his letter off as follows: "Allwyn, I will write that letter to your parents but I want to straighten a couple of things out first." That would seem to indicate that you had had a conversation?

A. Yes, I did, yes.

Q. A conversation about covering up for yourself?

A. No, sir.

Crown counsel in his address to the jury recited the three statements of the accused and invited the jury to compare them one to the other thereby to discern the truth. The habit thus formed infected the charge to the jury as well. The learned trial judge included the following summary of the appellant's testimony in his charge:

He says that Perry was not unconscious; he was talking. He denies that he said that they were from the R.C.M.P. or suggesting that Perry bought heroin; says where those statements appear in Kizyma's statement, Kizyma is lying.

R. Ça dit aussi ce que je n'ai pas fait.

Q. Pièce 67, s'il vous plaît. Page 4, votre Seigneurie, de la pièce 67. Kizyma a fait cette déclaration et je veux que vous me disiez si vous êtes d'accord: «Avant que nous ne quittions la chambre, Allwyn a pris le cendrier et a fracassé ses lunettes.» Êtes-vous d'accord avec cette déclaration?

R. Pardon?

Q. «Avant que nous ne quittions la chambre, Allwyn a pris le cendrier et a fracassé ses lunettes.»

R. Je ne me souviens pas vraiment d'avoir pris un cendrier et d'avoir fracassé les lunettes de qui que ce soit.

Q. Ensuite il déclare: «Tom lui a donné un coup de poing assez fort à la tête.» Vous souvenez-vous de cela?

R. Il l'a peut-être fait.

Q. Alors n'était-ce pas au moment où vous avez parlé d'avoir fait un geste de la main: «Tu sais que tu l'as frappé. Pourquoi ne l'admetts-tu pas?». Et il a dit: «D'accord. Je l'ai frappé mais seulement une fois.»

R. La première fois que j'ai su que Tom l'avait frappé c'est lorsqu'il a parlé au palais de justice de Fort Garry.

Q. Je remarque que dans la pièce 70 M. Kizyma commence sa lettre comme suit: «Allwyn, je vais écrire cette lettre à tes parents, mais je veux d'abord clarifier un certain nombre de choses.» Cela semblerait indiquer que vous aviez eu une conversation ensemble?

R. Oui, j'en ai eu une, oui.

Q. Une conversation où il a été question de vous couvrir?

R. Non.

Dans son réquisitoire au jury, le substitut du procureur général a lu les déclarations des trois accusés et il a invité le jury à les comparer l'une à l'autre de façon à découvrir la vérité. Le mauvais pli ainsi formé a également eu des répercussions sur l'exposé au jury. Le savant juge du procès a inclus dans son exposé le résumé suivant du témoignage de l'appelant:

[TRADUCTION] Il dit que Perry n'était pas inconscient; il parlait. Il nie avoir dit qu'ils appartenaient à la G.R.C. ou avoir laissé entendre que Perry avait acheté de l'héroïne; il dit que, quand ces affirmations figurent dans la

He says he didn't slap Mr. Perry and if Kizyma says that, Kizyma is lying. He says Kizyma is not lying, however, where he said about putting the pillow on. He agreed that his statement to the police, that is, McFall's statement to the police, was correct to a certain extent.

. . . .

He said, No, it's not true if Kerry said they were going to the Mardi Gras.

. . . .

Said what Puffer said in his statement that "Mark and he, Allwyn, were wrestling David on the floor" was not true. He said yes, he did smash the glasses. He didn't know why; yes, he used the ashtray to smash the glasses. He did put the phone on the hook. He said he didn't remember seeing Puffer do anything; that he doesn't remember saying to the police that Jason jumped on the man and was holding him by the throat. He says it's not true that Kerry went through the suits looking for money; denies Kizyma's statement saying that he'd slapped the deceased. He said with respect to his own statement it's not true. He didn't say it.

. . . .

Referred to Puffer's statement, he said, "No, I did not tell him to tie his feet and hand him the belt." He denies what Kizyma says in his statement that he was telling others to do this and that. He denies he passed the cord for tying the arms. He denies that he said, "Gag him." He said, no, it was not his idea to have Kerry tie him and gag him. He said it's not true that he was watching Kizyma tie the pillow to his face. He says, no, he did not throw the sweater to Kizyma.

. . . .

In the latter part of his cross examination he was referred to a portion of Kizyma's statement. He says, "No, I don't really recall taking the ashtray and smashing anybody's glasses."

déclaration de Kizyma, Kizyma ment. Il dit qu'il n'a pas giflé M. Perry et que si Kizyma l'affirme, Kizyma ment. Il dit que Kizyma ne ment pas toutefois quand il parle de l'oreiller. Il a admis que sa déclaration à la police, c'est-à-dire la déclaration de McFall à la police, était exacte dans une certaine mesure.

. . . .

Il a dit non, ce n'est pas vrai que Kerry ait dit qu'ils allaient au Mardi Gras.

. . . .

Il a dit que la déclaration de Puffer que «Mark et lui, Allwyn, retenaient David au sol» n'était pas vraie. Il a dit que oui, il a fracassé les lunettes. Il ne savait pas pourquoi; oui, il a utilisé le cendrier pour fracasser les lunettes. Il a bien raccroché le récepteur du téléphone. Il a dit qu'il ne se souvient pas d'avoir vu Puffer faire quoi que ce soit; qu'il ne se souvient pas d'avoir dit à la police que Jason s'est jeté sur l'homme et le tenait à la gorge. Il dit que ce n'est pas vrai que Kerry a fouillé les complets pour chercher de l'argent; il nie la déclaration de Kizyma qu'il a giflé la victime. En ce qui regarde sa propre déclaration, il a dit que ce n'était pas vrai. Il n'a pas dit cela.

. . . .

En ce qui regarde la déclaration de Puffer, il a dit: «Non, je ne lui ai pas dit de lui attacher les pieds et je ne lui ai pas tendu la ceinture.». Il nie ce que Kizyma affirme dans sa déclaration, c'est-à-dire qu'il donnait des ordres aux autres. Il nie avoir passé le fil pour attacher les bras. Il nie avoir dit: «Bâillonnez-le!». Il dit que ce n'est pas lui qui a eu l'idée de le faire attacher et bâillonner par Kerry. Il nie avoir regardé Kizyma lui attacher l'oreiller au visage. Il dit qu'il n'a pas lancé le chandail à Kizyma.

. . . .

Dans la dernière partie de son contre-interrogatoire, on l'a référé à une partie de la déclaration de Kizyma. Il a dit: «Je ne me souviens pas vraiment d'avoir pris un cendrier et d'avoir fracassé les lunettes de qui que ce soit.». »

The learned trial judge discussed the three statements made by the three co-accused, in his charge as follows:

As you recall it was originally my intention to remove from the statements the names of other accused mentioned in the statements, however, as those names have been used to a large extent in the examination and cross examination of McFall, it is now necessary to leave the names in the statements so that you can make a comparison of what McFall has denied with some of the suggestions in those other statements. If the names had not been referred to or if none of the accused had testified, removal of the names would have made it easier for you to exclude all inadmissible evidence from your mind. All I can now do is urge you again in reading the statements to remember, for example if Kizyma says that Puffer did something or other, you may consider that evidence with respect to Kizyma because it may indicate his knowledge of what was going on but you can not use that evidence against Puffer. That is just one example to indicate and to caution you, again, that evidence in the statements is evidence against the person who made the statement and not against any other accused.

I say the only exception to that general rule is that you may look at names in other statements with respect to McFall in company with what he said in the stand in trying to decide on his general truthfulness or credibility.

The Court then invited the jury to examine these statements in accordance with his instructions:

I now wish to review briefly the statement of each accused as much for the manner of the way I suggest you look at them as anything else.

You take McFall's statement to see what he says he did and nothing else.

Dans son exposé au jury, le savant juge du procès a commenté comme suit les trois déclarations des coaccusés:

[TRADUCTION] Vous vous souvenez qu'à l'origine je voulais supprimer des déclarations les noms des autres accusés qui y étaient mentionnés. Cependant, comme on a souvent référé à ces noms dans l'interrogatoire et le contre-interrogatoire de McFall, il devient nécessaire de laisser les noms dans les déclarations de façon que vous puissiez faire une comparaison entre les dénégations de McFall et les affirmations contenues dans ces autres déclarations. Si l'on n'avait pas mentionné les noms ou si aucun des accusés n'avait témoigné, la suppression des noms vous aurait facilité la tâche d'exclure de votre esprit toute la preuve non recevable. Tout ce que je peux faire maintenant, c'est vous exhorter encore une fois à vous souvenir, lorsque vous lirez les aveux que, par exemple, si Kizyma dit que Puffer a fait quelque chose, vous pouvez tenir compte de cet élément de preuve en rapport avec Kizyma parce qu'il peut servir à démontrer qu'il savait ce qui se passait, mais que vous ne pouvez pas utiliser cet élément de preuve contre Puffer. Ce n'est qu'un exemple pour vous indiquer et vous avertir, encore une fois, que les preuves qui contiennent les déclarations sont recevables seulement contre la personne qui les a faites et non contre les autres accusés.

La seule exception à cette règle générale est que vous pouvez regarder les noms dans les autres déclarations en rapport avec ce que McFall a dit dans son témoignage, pour en juger la véracité ou apprécier sa crédibilité.

La Cour a alors invité le jury à examiner ces déclarations conformément à ses directives:

[TRADUCTION] Je vais maintenant revoir la déclaration de chaque accusé, autant pour illustrer la manière dont il faut les considérer que pour n'importe quelle autre raison.

Prenez la déclaration de McFall pour voir ce qu'il a dit avoir fait et pour aucune autre raison.

Such use of the statements by the co-accused against the appellant was, of course, an error of law, a fundamental violation of the rule against the admission of hearsay evidence and a gross exception to or expansion of the exception from the general prohibition which is unrecognized in the law. (*Schmidt v. The King*)². A succinct condemnation of such use of extrajudicial statements by co-accused was made by Brennan J. in *Bruton v. U.S.*³, at p. 135:

Such a context is presented here, where the powerfully incriminating extrajudicial statements of a codefendant, who stands accused side-by-side with the defendant, are deliberately spread before the jury in a joint trial. Not only are the incriminations devastating to the defendant but their credibility is inevitably suspect, a fact recognized when accomplices do take the stand and the jury is instructed to weigh their testimony carefully given the recognized motivation to shift blame onto others. The unreliability of such evidence is intolerably compounded when the alleged accomplice, as here, does not testify and cannot be tested by cross-examination.

Here of course the jury was not protected against misuse of these statements by proper instructions, but conversely was invited to analyse each statement in the light of the contents of the other two statements as though each were evidence against the appellant. This leads one naturally to query the wisdom of joint trials where the existence of such statements made by all the co-accused is known in advance. The economies and the efficiencies of joint trials and the advantage of minimizing inconsistent and unsatisfactory verdicts which expose the law and the courts to criticism by the public, attract the trial courts to the undertaking of joint trials in such circumstances. In doing so, the court takes on the added and heavy burden of complete and proper instruction to the jury on the precise limits of the evidence admissible against each of the accused, and hence the limited use to which these statements may be put. This burden is discharged only by the clearest instruction to the jury that only the statement made by the accused himself is admissible

Pareille utilisation des déclarations des coaccusés contre l'appelant constituait évidemment une erreur de droit, une violation fondamentale de la règle contre la réception de la preuve par ouï-dire et une exception inacceptable ou un élargissement de l'exception à l'interdiction générale, exception que le droit ne reconnaît pas. (*Schmidt c. Le Roi*)². Dans *Bruton v. U.S.*³, à la p. 135, le juge Brennan a condamné en termes succincts une telle utilisation des déclarations extrajudiciaires des coaccusés:

[TRADUCTION] C'est le contexte dans la présente affaire où des déclarations extrajudiciaires fortement incriminantes de la part d'un coaccusé appelé à répondre à la même accusation, sont délibérément présentées au jury dans un procès conjoint. Non seulement les déclarations incriminantes sont-elles extrêmement préjudiciables à l'accusé mais leur véracité est inévitablement suspecte, ce qui est reconnu lorsque des complices témoignent et que le jury reçoit comme directive de peser soigneusement leur témoignage vu l'intérêt qu'on leur reconnaît à jeter le blâme sur d'autres. On ne peut jamais se fier à pareille preuve; à plus forte raison ici, lorsque le prétendu complice ne témoigne pas et ne peut être soumis à l'épreuve du contre-interrogatoire.

Dans la présente affaire, le jury n'a pas été mis en garde, par des directives appropriées, contre la mauvaise utilisation de ces déclarations; au contraire, on l'a invité à analyser chaque déclaration à la lumière du contenu des deux autres déclarations comme si chacune d'elles constituait une preuve contre l'appelant. Ceci nous amène naturellement à mettre en question l'à-propos de tenir des procès conjoints lorsqu'on sait d'avance qu'il existe de telles déclarations faites par tous les coaccusés. L'efficacité des procès conjoints et les économies qu'ils réalisent, ainsi que l'avantage qu'ils représentent de diminuer le nombre de verdicts incompatibles et insatisfaisants qui exposent le droit et les tribunaux à la critique du public, incitent les tribunaux à entreprendre des procès conjoints dans des situations de ce genre. Ce faisant, le tribunal doit assumer le lourd fardeau supplémentaire de donner des directives complètes et justes au jury quant aux limites précises de la preuve recevable contre chacun des accusés et, partant, quant à l'utilisation restreinte qu'on peut faire de ces

² [1945] S.C.R. 438.

³ (1968), 391 U.S. 123.

² [1945] R.C.S. 438.

³ (1968), 391 U.S. 123.

against him, and his statement in turn is inadmissible against his co-accused. There is in these circumstances a constant risk because any instruction short of the foregoing will jeopardize and may destroy any chance of a fair and proper trial. Professor Glanville Williams has commented on the practice of joint trials:

One wonders whether judges do not welcome the fact that the joint trial offers an escape from the rigid rules of evidence.

(Glanville Williams, *Proof of Guilt*, (3rd ed.) 1968, p. 249)

The relaxation referred to is of course the admissibility in the joint trial of all statements of all accused. The rule of evidence perhaps referred to as "rigid" in the above quotation is the prohibition against the use of an extra-judicial statement against persons other than the maker. Joint trials of course do not reduce the application of this rule. The learned author continues:

The theory of the joint trial is that even though evidence may be given in the course of the trial that is in law admissible against one defendant only, justice is done by the judge directing the jury to erase this evidence from their minds in considering the other defendants. The simple faith that the jury are able to follow this direction, compartmentalising their minds in respect of each of the accused, is curiously inconsistent with the effort made by other rules of law to prevent the jury coming to know of evidence that may be misleading. If the justification of part of the law of evidence is that the jury cannot be trusted to hear certain types of evidence, they do not become trustworthy merely because there is also another defendant in the dock. (p. 249)

Recognizing all the risks of the practice of joint trials, the law gives to the trial judge the discretion of determining in the circumstances of each case whether a joint trial may be undertaken. Unless there be a clear indication that such discretion has been exercised on some wrong notion or in the face of circumstances which made the prospect of a fair

déclarations. La cour s'acquitte de ce devoir seulement en donnant au jury la directive la plus claire que seule la déclaration de l'accusé lui-même est recevable contre lui et, réciproquement, que sa déclaration n'est pas recevable contre son coaccusé. Il existe un risque constant dans ces circonstances parce que toute directive insuffisante peut compromettre et même écarter complètement toute possibilité d'un procès juste et régulier. Le professeur Glanville Williams a fait les observations suivantes sur la pratique des procès conjoints:

[TRADUCTION] On peut se demander si les juges ne voient pas avec satisfaction que les procès conjoints permettent une entorse à la rigidité des règles de preuve. (Glanville Williams, *Proof of Guilt*, (3^e éd.) 1968, p. 249)

Le relâchement dont il parle s'adresse bien sûr à la recevabilité de toutes les déclarations de tous les accusés dans un procès conjoint. La règle de preuve qualifiée de «rigide» dans la citation qui précède est l'interdiction d'utiliser une déclaration extrajudiciaire contre des personnes autres que son auteur. Les procès conjoints, bien sûr, ne changent en rien l'application de cette règle. Le savant auteur poursuit:

[TRADUCTION] La théorie du procès conjoint est que, même si au cours du procès on présente des éléments de preuve qui, en droit, ne sont recevables qu'à l'encontre d'un des accusés, justice est faite si le juge donne comme directive aux jurés d'effacer de leur esprit ces éléments de preuve à l'encontre des autres accusés. La simple croyance que les jurés sont en mesure de respecter cette directive en créant une case mentale à l'égard de chaque accusé est étrangement incompatible avec les efforts qu'on trouve dans les autres règles de droit pour empêcher que ne soient portées à la connaissance du jury des preuves qui peuvent induire en erreur. Si une partie du droit de la preuve se justifie parce qu'on ne peut faire confiance au jury par rapport à certaines catégories de preuve, ces catégories ne deviennent pas moins dangereuses pour le seul motif qu'il y a un autre accusé au banc. (p. 249)

Vu les dangers qu'entraîne la pratique des procès conjoints, le droit donne au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de décider s'il est possible d'entreprendre un procès conjoint dans les circonstances de chaque affaire. A moins d'indication claire que ce pouvoir discrétionnaire a été exercé à partir de quelque conception fautive ou dans des

trial unlikely, an appellate tribunal will not interfere. In this appeal, it is evident from hindsight that the problem of misuse of confessions would have been avoided by separate trials. But the exposure of the question to hindsight is not the answer. The law contemplates a joint trial in these circumstances and has prescribed the proper mode of instructing the jury in accordance with the applicable law of evidence. Whatever error may have ensued, nothing appears from the record to indicate any error on the part of the learned trial judge in the exercise of his discretion on the question of separate or joint trials. Indeed, the trial judge did instruct the jury at one point that a statement made by an accused to public authority was not to be taken into account when dealing with the case of a co-accused who was not the maker of the statement in question. The problem began with the improper use of the statements of the co-accused in the cross-examination of the appellant, continued in improper addresses to the jury, and culminated in instructions to the jury by the trial judge concerning the comparison of the various statements made by the co-accused. The Chief Justice, speaking for the majority of the Court below with respect to the decision of Hamilton J. not to sever the trials, stated: "In my view there were no adequate grounds for such interference in the present case," and I with respect agree with this conclusion.

We are then left with the conflict below as to the application of the curative powers of s. 613(1)(b)(iii). This Court has had occasion in the past to consider its position when faced with an appeal from a decision in the Court of Appeal below on the question of the proper application of the powers granted under s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* (or its predecessor). In *Brooks v. The King*⁴, this Court declined to apply the curative powers in what is now s. 613(1)(b)(iii), and set aside a dismissal of appeal by the Court of Appeal of Ontario who had applied the section in

circonstances qui rendent peu probable la tenue d'un procès juste, une cour d'appel refusera d'intervenir. Dans la présente affaire, il est manifeste, avec le recul, qu'on aurait pu éviter la difficulté de la mauvaise utilisation des aveux par la tenue de procès séparés. Cependant, le recul du temps ne constitue pas une réponse. Le droit permet un procès conjoint dans ces circonstances et prescrit la façon dont il faut instruire le jury conformément au droit de la preuve applicable. Quelles qu'aient pu être les erreurs au procès, le dossier n'en indique aucune de la part du savant juge du procès dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire sur la question des procès séparés ou du procès conjoint. En fait le juge du procès a bien dit au jury à un certain moment qu'une déclaration faite par un accusé à une personne en autorité ne devait pas être prise en considération contre un accusé qui n'était pas l'auteur de la déclaration en question. Le problème a pris naissance avec l'utilisation irrégulière des déclarations des coaccusés au cours du contre-interrogatoire de l'appellant, il s'est poursuivi dans le réquisitoire et les plaidoyers et il a atteint son point culminant dans les directives du juge au jury sur la comparaison des différentes déclarations des coaccusés. Le Juge en chef, dans les motifs qu'il a rédigés pour la majorité de la Cour d'appel, a dit au sujet de la décision du juge Hamilton de ne pas accorder de procès séparés: [TRADUCTION] «A mon avis il n'y a pas de motifs suffisants pour ainsi intervenir dans la présente affaire.» et, avec égards, j'exprime mon accord avec cette conclusion.

Il nous reste donc la divergence d'opinions en Cour d'appel quant à l'application des pouvoirs réparateurs du sous-al. 613(1)(b)(iii). La Cour suprême a déjà eu l'occasion dans le passé de prendre position dans un pourvoi à l'encontre d'un arrêt d'une cour d'appel sur la question de la bonne application des pouvoirs accordés par le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* (ou une disposition antérieure au même effet). Dans *Brooks c. Le Roi*⁴, cette Cour a refusé d'appliquer les pouvoirs réparateurs qu'accordait ce qui est maintenant le sous-al. 613(1)(b)(iii) et elle a

⁴ [1927] S.C.R. 633.

⁴ [1927] R.C.S. 633.

dismissing an appeal from conviction. See also *Stein v. The King*⁵, where this Court again affirmed the power to consider the correctness of the application of s. 613(1)(b)(iii) (s. 1014(2) as it then was) of the *Criminal Code* in the Court of Appeal.

The issue next came before this Court in *Lizotte v. The King*⁶ where this Court unanimously allowed an appeal, rejected the application of s. 613(1)(b)(iii), and directed a new trial. Cartwright J., as he then was, writing on behalf of the Court, stated at p. 137:

The view that this court exercises its own judgment as to whether or not it can be said that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred, I think, appears not only from the two cases last cited but also from *Boulianne v. The King*, [1931] S.C.R. 621, and *Schmidt v. The King*, [1945] S.C.R. 438, in both of which this court gave effect to the argument that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred, and dismissed the appeals, and from *Chapdelaine v. The King*, [1934] S.C.R. 53, in which this court allowed the appeal, refusing to give effect to the argument that no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred.

In the course of his judgment His Lordship considered the question of the jurisdiction of this Court with respect to this section:

One further argument requires consideration. At the conclusion of his able argument Mr. Dorion submitted that the jurisdiction of this court in criminal matters being limited to questions of law and the court appealed from having held that notwithstanding certain errors in law at the trial there was no substantial wrong or miscarriage of justice and that the appeal should be dismissed under the provisions of section 1014(2) of the *Criminal Code*, such decision cannot be reviewed in this court. It is argued that in reaching the decision to apply section 1014(2) the Court of Appeal must of necessity have examined and weighed the evidence and that consequently such decision is one of fact or of mixed fact and law and, therefore, not subject to review in this court. It is urged that the appeal must be dismissed even if this court should be of opinion that any or all of the points of law argued before us are well taken.

infirmé le rejet de l'appel par la Cour d'appel de l'Ontario qui avait appliqué le sous-alinéa pour rejeter l'appel de la déclaration de culpabilité. Voir également *Stein c. Le Roi*⁵, où cette Cour a de nouveau confirmé le pouvoir d'examiner le bien-fondé de l'application par la Cour d'appel du sous-al. 613(1)b)(iii) (alors le par. 1014(2)) du *Code criminel*.

La question s'est présentée ensuite devant cette Cour dans *Lizotte c. Le Roi*⁶, où, à l'unanimité, elle a accueilli le pourvoi, rejeté l'application du sous-al. 613(1)b)(iii) et ordonné un nouveau procès. Le juge Cartwright, alors juge puîné, a dit au nom de la Cour à la p. 137:

[TRADUCTION] L'opinion que cette Cour exerce son propre jugement sur la question de savoir s'il s'est produit un tort important ou une erreur judiciaire grave est fondée non seulement sur les deux arrêts que nous venons de citer, mais aussi sur les arrêts *Boulianne c. Le Roi*, [1931] R.C.S. 621, et *Schmidt c. Le Roi*, [1945] R.C.S. 438, où cette Cour a accepté l'argument qu'il ne s'était produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave et a rejeté les pourvois, ainsi que sur l'arrêt *Chapdelaine c. Le Roi*, [1934] R.C.S. 53, où cette Cour a accueilli le pourvoi en refusant de donner effet à l'argument qu'il ne s'était produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave.

Dans ses motifs, Sa Seigneurie s'est penchée sur la question de la compétence de cette Cour en rapport avec cet article:

[TRADUCTION] Il reste à étudier un dernier argument. En terminant son habile plaidoirie, M^e Dorion a soutenu que vu qu'en matière criminelle cette Cour n'a compétence que sur des questions de droit et que la Cour d'appel avait décidé que malgré certaines erreurs de droit au procès il ne s'était produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave de sorte qu'on devait rejeter l'appel en vertu des dispositions du par. 1014(2) du *Code criminel*, cette Cour ne pouvait réviser cette décision. On prétend que pour arriver à la décision d'appliquer le par. 1014(2), la Cour d'appel a nécessairement dû étudier et peser la preuve et que, par conséquent, il s'agit d'une décision sur une question de fait ou sur une question mixte de fait et de droit et elle ne fait donc pas l'objet des pouvoirs de révision de cette Cour. On fait valoir que le pourvoi doit être rejeté même si cette Cour est d'avis qu'un des points de droit plaidés devant elle est bien fondé ou qu'ils le sont tous.

⁵ [1928] S.C.R. 553.

⁶ [1951] S.C.R. 115.

⁵ [1928] R.C.S. 533.

⁶ [1951] R.C.S. 115.

I do not think that this argument is entitled to prevail. In the case at bar it might perhaps be disposed of by pointing out that in my opinion there were serious errors in matter of law at the trial which the Court of Appeal did not regard as being errors at all; but even had the Court of Appeal found the existence of all the errors in law which in my view did occur and nonetheless dismissed the appeal pursuant to section 1014(2), I do not think that this court would be without jurisdiction.

Counsel were not able to refer us to any reported case in which the argument put forward by Mr. Dorion appears to have been considered. Its importance is obvious. If given effect it would have the result that in any case in which a Court of Appeal dismisses an appeal because in its view, in spite of error in law at the trial, no substantial wrong or miscarriage of justice has actually occurred this court could not entertain, or at all events could not allow, an appeal from such judgment no matter how grave, in the view of this court, was the error complained of. (pp. 133-4)

In *Brown v. The Queen*⁷, Cartwright J. in giving the majority judgment on behalf of himself and Locke and Martland J.J.A., refused to follow the Court of Appeal of Alberta in applying s. 613(1)(b)(iii), but rather allowed the appeal and directed a new trial. Fauteux J., as he then was, dissented as he found: "No miscarriage of justice or substantial wrong resulted therefrom." Taschereau J. as he then was, also dissented on the ground that he could find no conflict between the majority judgment and that of the minority below "on questions of law". It is not entirely clear whether this dissent is based upon a disagreement with Cartwright J. when he stated:

With the greatest respect to those who entertain a different view, it appears to me that when one judge holds that a passage in the charge to the jury is material and fatally misleading and another judge holds that the same passage is irrelevant they are in disagreement on a point of law. (p. 378);

or whether it is a reference to a difference in the Court below as to the application of what is now s. 613(1)(b)(iii). In any case, it is clear that the

⁷ [1962] S.C.R. 371.

Je ne crois pas que cet argument doit être retenu. Dans la présente affaire on pourrait peut-être le rejeter en soulignant qu'à mon avis il y a eu au procès des erreurs graves sur des questions de droit que la Cour d'appel n'a pas considérées comme des erreurs; mais même si la Cour d'appel avait constaté l'existence de toutes les erreurs de droit qui, à mon avis, se sont produites et avait néanmoins rejeté l'appel en vertu du par. 1014(2), je ne crois pas que cette Cour serait incapable d'intervenir.

Les avocats n'ont pu nous citer aucun arrêt qui ait examiné l'argument présenté par M^e Dorion. Son importance est manifeste. Si on l'admet, il aurait pour conséquence que chaque fois qu'une Cour d'appel rejette un appel parce que selon elle, malgré une erreur de droit au procès, il ne s'est produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave, cette Cour ne pourrait entendre ou en tout cas ne pourrait accueillir un pourvoi à l'encontre d'un tel jugement quelque grave qu'elle puisse estimer être l'erreur alléguée. (pp. 133 et 134)

Dans *Brown c. La Reine*⁷, le juge Cartwright, qui a prononcé le jugement majoritaire pour lui-même et pour les juges Locke et Martland, a refusé de suivre la Cour d'appel de l'Alberta et d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) pour accueillir le pourvoi et ordonner un nouveau procès. Le juge Fauteux, alors juge puîné, a conclu dans sa dissidence: [TRADUCTION] «Il ne s'est produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave.» Le juge Taschereau, alors juge puîné, a également exprimé un avis dissident pour le motif qu'il ne pouvait relever aucun conflit entre le jugement de la majorité et celui de la minorité de la Cour d'appel [TRADUCTION] «sur des questions de droit». On ne sait pas trop si sa dissidence se fonde sur un désaccord avec le juge Cartwright lorsqu'il dit:

[TRADUCTION] Avec égards pour ceux qui partagent une opinion contraire, il me paraît que lorsqu'un juge estime qu'un passage de l'exposé au jury est important et est de nature à entraîner une erreur fatale, et qu'un autre juge estime que le même passage n'est pas pertinent, ils sont en désaccord sur une question de droit. (p. 378);

ou s'il s'agit d'une référence à une divergence d'opinions en Cour d'appel sur l'application de ce qui est maintenant le sous-al. 613(1)(b)(iii). Quoi

⁷ [1962] R.C.S. 371.

majority reversed the Court below on the issue of the application of s. 613(1)(b)(iii).

In *Colpitts v. The Queen*^{*}, the appeal before this Court was from a decision of the New Brunswick Court of Appeal where the majority affirmed a conviction upon the application of s. 613(1)(b)(iii) notwithstanding the failure of the trial judge to put the theory of the defence adequately to the jury. This Court, in reversing the disposition of the Court of Appeal, declined to apply the section. Spence J., with whom the balance of the majority concurred, stated with reference to *Lizotte v. The King*, *supra*:

In *Lizotte v. The King*, *supra*, Cartwright J. giving the judgment for the Court, held that it was within the jurisdiction of this Court to allow an appeal and refuse to apply the provisions of the present s. 592(1)(b)(iii) despite the fact that the Court of Appeal in the province had dismissed the appeal from the conviction upon the application of the said subsection. (p. 755)

The dissenting justices would have applied what is now s. 613(1)(b)(iii) for the reasons given by the majority in the Court of Appeal. There can be no doubt therefore that all members of the Court considered the issue of the application of s. 613(1)(b)(iii) to be a question of law.

It may be said that the foregoing authorities are inconsistent with the result reached in *The King v. Décary*⁹. The Court was there concerned with what is now s. 613(1)(a)(i) and concluded that the dissent in the Court of Appeal on the question as to whether the verdict was unreasonable was not a question of law but was rather a question of mixed fact and law. The issue raised by the two subsections in s. 613 is of course quite different and in my view the judgment in *Décary*, *supra*, is of no assistance in determining the nature of the point raised in dissent with reference to s. 613(1)(b)(iii) on this appeal. Similarly, *Rozon v. The King*¹⁰, was dealing with the issues arising upon the substitution of a verdict by a court in place of that

qu'il en soit, il est clair que la majorité a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel sur la question de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii).

Dans *Colpitts c. La Reine*^{*}, le pourvoi était à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick où la majorité avait maintenu une déclaration de culpabilité en appliquant le sous-al. 613(1)(b)(iii) même si le juge du procès n'avait pas exposé convenablement au jury la théorie de la défense. Infirmand l'arrêt de la Cour d'appel, cette Cour a refusé d'appliquer le sous-alinéa. Le juge Spence, dont l'opinion a été partagée par le reste de la majorité, a dit en rapport avec l'arrêt *Lizotte c. Le Roi*, précité:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Lizotte c. Le Roi*, précité, le juge Cartwright qui a rédigé les motifs de jugement de la Cour a conclu que cette Cour avait compétence pour accueillir un pourvoi et refuser d'appliquer les dispositions de l'actuel sous-al. 592(1)(b)(iii) même si la Cour d'appel de la province avait rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité en application de ce sous-alinéa. (p. 755)

Les juges dissidents auraient appliqué ce qui est maintenant le sous-al. 613(1)(b)(iii) pour les motifs donnés par la majorité de la Cour d'appel. Il ne peut donc y avoir de doute que tous les juges de la Cour ont estimé que la question de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) était une question de droit.

On pourrait soutenir que ces arrêts sont incompatibles avec la conclusion tirée dans l'arrêt *Le Roi c. Décary*⁹. La question devant la Cour avait trait à ce qui est maintenant le sous-al. 613(1)(a)(iii). La Cour a conclu que la dissidence en Cour d'appel sur la question de savoir si le verdict était déraisonnable n'était pas une question de droit mais plutôt une question mixte de fait et de droit. Les points que soulèvent les deux sous-alinéas de l'art. 613 sont évidemment très différents et, à mon avis, l'arrêt *Décary*, précité, ne nous est d'aucune utilité dans le présent pourvoi pour établir la nature de la question que soulève la dissidence en rapport avec le sous-al. 613(1)(b)(iii). De même, l'arrêt *Rozon c. Le Roi*¹⁰, traitait des points que

^{*} [1965] S.C.R. 739.

⁹ [1942] S.C.R. 80.

¹⁰ [1951] S.C.R. 248.

^{*} [1965] R.C.S. 739.

⁹ [1942] R.C.S. 80.

¹⁰ [1951] R.C.S. 248.

reached by a jury, and the dissent in the Court of Appeal related to the applicability of a section not related to the present s. 613.

Finally, we come to *Pearson v. the Queen*¹¹, where the majority of the Court of Appeal dismissed an appeal from conviction notwithstanding a finding of improper admission of a statement by the accused. The dissent was on the application of what is now s. 613 in those circumstances. This Court affirmed the conviction on the basis that the dissent below was founded upon a question as to whether the sufficiency of evidence supporting the conviction was a question of fact. Kerwin C.J. stated at p. 372:

There was no dissent on any ground of law dealt with by the dissenting judge and upon which there was a disagreement in the Appellate Division and therefore this Court is without jurisdiction: *The King v. Décary* [*supra*]; *Rozon v. The King* [*supra*].

The Chief Justice reached this conclusion in a very short judgment in which no reference is made to any contention that the applicability of s. 613(1)(b)(iii) is not a question of law and no consideration was given to the earlier cases of *Brook, supra* and *Stein, supra*. In reaching his conclusion the following excerpt from the dissent in the Court of Appeal was set forth:

I do not think that the remaining evidence conclusively establishes the guilt of the accused. I would accordingly quash the conviction and direct a new trial. (p. 371)

The majority judgment of the Court of Appeal stated with reference to the evidence remaining after the disputed statement was set aside:

It is our opinion that quite apart from this statement there is ample evidence in the sales of grain by him to prove the offence of theft as charged, and that no injustice has been done to the accused in the verdict of guilty. Therefore, without arriving at any decision on the question of admissibility of the statement, we dismiss the appeal, and affirm the conviction. (p. 31)

The judgment in *Pearson v. The Queen, supra*, does not therefore, in my view, squarely deal with

soulève la substitution d'un verdict par une cour à celui qu'a rendu un jury, et la dissidence en Cour d'appel avait trait à l'application d'un article qui n'a aucun lien avec l'actuel art. 613.

Enfin, dans *Pearson c. La Reine*¹¹, la majorité de la Cour d'appel avait rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité nonobstant la conclusion qu'une déclaration de l'accusé avait été irrégulièrement admise. La dissidence portait sur l'application de l'actuel art. 613 dans ces circonstances. Cette Cour a confirmé la déclaration de culpabilité pour le motif que la dissidence en Cour d'appel était fondée sur la question de savoir si la suffisance de la preuve justifiant la condamnation était une question de fait. Le juge en chef Kerwin a écrit à la p. 372:

[TRADUCTION] Il n'y a eu aucune dissidence sur une question de droit exposée par le juge dissident et sur laquelle il y avait désaccord en Division d'appel et, par conséquent, cette Cour n'a pas compétence: *Le Roi c. Décary* [précité]; *Rozon c. Le Roi* [précité].

Le Juge en chef est arrivé à cette conclusion dans des motifs de jugement très courts qui ne font aucune mention d'un argument que l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) n'est pas une question de droit et on n'a pas examiné les arrêts antérieurs *Brook* et *Stein*, précités. Pour étayer sa conclusion, il a cité l'extrait suivant de la dissidence en Cour d'appel:

[TRADUCTION] Je ne crois pas que le reste de la preuve démontre de façon concluante la culpabilité de l'accusé. Je suis donc d'avis d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès. (p. 371)

Le jugement majoritaire de la Cour d'appel a dit, en ce qui concerne la preuve qui restait après l'exclusion de la déclaration contestée:

[TRADUCTION] A notre avis, indépendamment de cette déclaration, il y a suffisamment de preuves de ventes de grain par l'accusé pour prouver l'infraction de vol dont on l'accuse et le verdict de culpabilité n'est pas injuste à l'endroit de l'accusé. Par conséquent, sans nous prononcer sur la recevabilité de la déclaration, nous sommes d'avis de rejeter l'appel et de maintenir la déclaration de culpabilité. (p. 31)

A mon avis donc, l'arrêt *Pearson c. La Reine*, précité, ne porte pas directement sur la question de

¹¹ [1959] S.C.R. 369.

¹¹ [1959] R.C.S. 369.

the issue of jurisdiction now before us. I therefore conclude from the foregoing line of authorities decided in this Court since 1927 that the Supreme Court has consistently held the view that it has jurisdiction to consider the application of s. 613(1)(b)(iii) as a question of law, and that on such an appeal it is open to the Court to reverse the application or denial of application of this provision of the *Code* in the Court below.

This brings the review of the authorities in this Court down to the judgments of this Court in *Dunlop and Sylvester v. The Queen* (pronounced May 31, 1979, and unreported¹²). The Manitoba Court of Appeal had confirmed a conviction of the accused by the application of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*. The dissent in the Court of Appeal would have directed a new trial by reason of an improper direction of the trial judge with respect to s. 21(1) and s. 21(2) of the *Code* and would not have applied s. 613(1)(b)(iii) to either of the errors of law relating to subss. (1) and (2) of s. 21.

The disposition in this Court of the *Dunlop and Sylvester* appeal, *supra*, was not on the basis of the application of s. 613 but rather on the basis that it was the error in the jury charge with respect to s. 21(1), which, in the view of Dickson J., was an error of law. With respect to this issue Dickson J. refused to invoke s. 613(1)(b)(iii) in order to allow the conviction to stand. The dissent in this Court dealt principally with the treatment accorded s. 21(1) by the trial judge in his instructions to the jury.

Martland J., with whom two justices concurred, dissented firstly on the ground that the charge under s. 21(1) was justified from the evidence. In reference to the third ground of appeal which was that "s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should not be applied in order to dismiss the appeal", Martland J. stated:

I do not think that the third ground constitutes a dissent on a question of law. Paragraph (iii) of subs. 613(1)(b) gives to a court of appeal a discretionary power to dismiss an appeal from conviction, even where there has been a wrong

compétence qui nous occupe présentement. D'après les arrêts rendus par cette Cour depuis 1927, je conclus que la Cour suprême a toujours été d'avis qu'elle avait compétence pour examiner la question de l'application du sous-al. 613(1)(b)(iii) à titre de question de droit et que dans pareil pourvoi la Cour peut infirmer l'application ou le refus d'application de cette disposition du *Code* par la Cour d'appel.

Cette revue des arrêts de cette Cour m'amène à l'arrêt *Dunlop et Sylvester c. La Reine* (rendu le 31 mai 1979 et encore inédit¹²). La Cour d'appel du Manitoba avait confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé en appliquant le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*. Les dissidents en Cour d'appel auraient ordonné un nouveau procès à cause d'une directive erronée du juge du procès au sujet des par. 21(1) et 21(2) du *Code* et n'auraient pas appliqué le sous-al. 613(1)(b)(iii) à l'une ou l'autre des erreurs de droit ayant trait à ces paragraphes.

L'arrêt de cette Cour dans *Dunlop et Sylvester*, précité, n'est pas fondé sur l'application de l'art. 613 mais plutôt sur l'opinion que c'est l'erreur dans l'exposé au jury relativement au par. 21(1) qui, suivant l'opinion du juge Dickson, constituait une erreur de droit. En ce qui a trait à cette question, le juge Dickson a refusé d'appliquer le sous-al. 613(1)(b)(iii) pour confirmer la déclaration de la culpabilité. La dissidence en cette Cour a porté principalement sur la manière dont le juge du procès avait présenté le par. 21(1) dans ses directives au jury.

Le premier motif de dissidence du juge Martland, avec qui deux juges sont d'accord, est que la preuve justifiait l'exposé sur le par. 21(1). Sur le troisième moyen d'appel qui était que «le sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* ne devrait pas être appliqué pour rejeter le présent appel», le juge Martland a dit:

Je ne crois pas que le troisième motif constitue une dissidence sur une question de droit. Le sous-al. (iii) de l'al. 613(1)(b) donne à une cour d'appel le pouvoir discrétionnaire de rejeter un appel d'une déclaration de culpabilité même

¹² Since reported [1979] 2 S.C.R. 881.

¹² Depuis publié [1979] 2 R.C.S. 881.

decision by a trial court on a question of law if there has been no substantial wrong or miscarriage of justice resulting from that error. A disagreement by a dissenting judge regarding the exercise of that discretion is not a dissent on a question of law.

Pratte J. (with whom Beetz J. concurred) joined with Dickson J. in the disposition of the appeal on the ground that the learned trial judge had failed to respond to a question posed by the jury with reference to the meaning of a provision in the *Criminal Code*. However, with reference to the s. 613 issue, Pratte J. stated:

The difference of opinion in the Court of Appeal was solely as to the application of subpara. 613(1)(b)(iii) to such error [the legality of the charge with reference to s. 21(2)] and I agree with my brother Martland that this is not a dissent on a question of law.

By reason of these factors, the role and the interpretation of s. 613 was peripheral and the characterization of that section in law formed no part of the *ratio decidendi* of the majority. Therefore, in the disposition of the appeal now before the Court, I do not feel bound by the comments in the *Dunlop and Sylvester* case, *supra*, with reference to s. 613. I am strengthened in that view by the fact that in neither of the judgments to which the references to s. 613 were made was there any citation of authority or discussion of the above authorities.

For the reasons stated above with reference to the misuse of the extrajudicial statements by the co-accused throughout the trial, first on the cross-examination of the appellant, later in the address of the prosecution to the jury, and finally in the instructions given by the learned trial judge to the jury, I have concluded that a serious and fundamental error of law was committed, and that one cannot be certain that in the absence of this repeated error a jury properly instructed would necessarily have reached the same conclusion with reference to the appellant. Section 613(1)(b)(iii) cannot therefore be invoked in these circumstances and the conviction therefore cannot stand.

In light of my opinion that there must be a new trial, I do not deal with other evidential issues

lorsqu'un juge de première instance a rendu une décision erronée sur une question de droit s'il ne résulte de cette erreur aucun tort important ou erreur judiciaire grave. Le désaccord qu'exprime un juge dissident quant à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne constitue pas une dissidence sur une question de droit.

Le juge Pratte (avec qui le juge Beetz est d'accord) a fait sienne la solution proposée par le juge Dickson pour le motif que le savant juge du procès n'avait pas répondu à une question posée par le jury sur le sens d'une disposition du *Code criminel*. Cependant, en ce qui concerne la question de l'art. 613, le juge Pratte a dit:

La divergence d'opinions en Cour d'appel portait seulement sur l'application du sous-al. 613(1)b(iii) à cette erreur et je suis d'accord avec mon collègue le juge Martland que cela ne constitue pas une dissidence sur une question de droit.

A cause de ces facteurs, le rôle et l'interprétation de l'art. 613 étaient secondaires et la qualification juridique de cet article ne faisait pas partie de la *ratio decidendi* de la majorité. Par conséquent, pour disposer du présent pourvoi, je ne me sens pas lié par les commentaires faits dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester*, précité, au sujet de l'art. 613. Mon opinion sur cette question est renforcée du fait que dans aucun des jugements mentionnés qui traitent de l'art. 613 on n'a cité ou analysé les arrêts auxquels j'ai référé.

Pour les motifs qui précèdent quant à la mauvaise utilisation des déclarations extrajudiciaires des coaccusés durant tout le procès, d'abord pendant le contre-interrogatoire de l'appelant, ensuite dans le réquisitoire au jury et enfin dans les directives du savant juge du procès au jury, je conclus qu'on a commis une erreur de droit grave et fondamentale et que l'on ne peut être sûr que, sans cette erreur répétée, un jury ayant reçu des directives appropriées serait nécessairement arrivé à la même conclusion en ce qui regarde l'appelant. Le sous-alinéa 613(1)b(iii) ne peut donc être invoqué dans ces circonstances et la déclaration de culpabilité ne peut être maintenue.

Vu mon opinion qu'il doit y avoir un nouveau procès, je ne traiterai pas des autres questions de

which arose at trial and in the dissent of O'Sullivan J.A. in the Court of Appeal. I do agree with the interpretation given by the majority in the Court of Appeal to the decision of this Court in *R. v. Trinneer*¹³.

I therefore would allow the appeal, set aside the judgment in the Court of Appeal, quash the conviction of the appellant McFall, and direct a new trial.

The judgment of Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and Pratte JJ. was delivered by

RITCHIE J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared for delivery by my brother Estey, but I am nevertheless not persuaded that this appeal should be allowed. Having regard to the overwhelming evidence implicating the appellant in the murder of which he was convicted, the Court of Appeal was satisfied that this was a case in which, in spite of the errors of the trial judge referred to in the judgments below, there was no "substantial wrong or miscarriage of justice" and the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* were properly applicable. In my view there was no error in law in the judgment, rendered on behalf of the Court of Appeal for Manitoba by Chief Justice Freedman, with which Guy, Monnin and Matas JJ. agreed.

I would accordingly dismiss this appeal.

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

Solicitors for the appellant: McCaffrey, Akman, Carr, Starr & Prober, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Department of the Attorney General, Winnipeg.

¹³ [1970] S.C.R. 638.

preuve soulevées au procès et dans la dissidence du juge O'Sullivan de la Cour d'appel. Je suis d'accord avec l'interprétation que la majorité de la Cour d'appel a donnée à l'arrêt *R. c. Trinneer*¹³.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appellant McFall et d'ordonner un nouveau procès.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et Pratte rendu par

LE JUGE RITCHIE—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge Estey, mais je ne suis pas convaincu que le présent pourvoi devrait être accueilli. Vu la preuve écrasante de la participation de l'appellant au meurtre dont il a été reconnu coupable, la Cour d'appel était persuadée, malgré les erreurs du juge du procès relevées dans les motifs de jugement qu'elle a exprimés, qu'il ne s'était produit «aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave» et que les dispositions du sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code criminel* devaient s'appliquer. A mon avis, il n'y a eu aucune erreur de droit dans les motifs de l'arrêt que le juge en chef Freedman a rédigés pour la Cour d'appel du Manitoba et auxquels ont souscrit les juges Guy, Monnin et Matas.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN et les juges SPENCE et ESTEY étant dissidents.

Procureurs de l'appelant: McCaffrey, Akman, Carr, Starr & Prober, Winnipeg.

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

¹³ [1970] R.C.S. 638.