

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

**Robert Sarrazin and
Darlind Jean** *Respondents***INDEXED AS: R. v. SARRAZIN****2011 SCC 54**

File No.: 33917.

2011: April 18; 2011: November 4.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO*Criminal law — Charge to jury — Included offences — Attempted murder — Accused charged with second degree murder — Whether potential verdict of attempted murder should have been left with jury.**Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Application of curative proviso — Whether requirements for application of proviso should be relaxed — Whether proviso applies in this case — If so, whether conviction can be upheld pursuant to curative proviso — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).*

N was shot in the forearm and the abdomen and suffered life-threatening injuries, particularly to his liver. N was released from the hospital and was expected to make a full recovery. Five days later, he died as a result of a blood clot. In the autopsy, trace amounts of cocaine were detected in his blood, indicating cocaine consumption within 30 to 45 minutes of death. Expert testimony indicated that N might have died from complications arising from the ingested cocaine. At trial, the defence argued that a reasonable doubt had been raised as to whether the victim's death was or was not related to the shooting — even if the evidence showed the accused intended to kill the victim, there was a reasonable doubt on the medical evidence that they in fact caused the victim's death. The accused argued that the correct verdict in law to give such a finding (if it were made by the jury) would be to acquit the accused of murder,

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

**Robert Sarrazin et
Darlind Jean** *Intimés***RÉPERTORIÉ : R. c. SARRAZIN****2011 CSC 54**

N° du greffe : 33917.

2011 : 18 avril; 2011 : 4 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Exposé au jury — Infractions comprises — Tentative de meurtre — Intimés accusés de meurtre au deuxième degré — Le verdict de culpabilité de tentative de meurtre aurait-il dû être soumis à l'appréciation du jury?**Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Application de la disposition réparatrice — Convient-il d'assouplir les conditions d'application de la disposition réparatrice? — La disposition s'applique-t-elle en l'espèce? — Dans l'affirmative, la déclaration de culpabilité peut-elle être maintenue par l'application de la disposition réparatrice? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).*

N a été atteint de coups de feu à l'avant-bras et à l'abdomen et a subi des blessures mettant sa vie en danger, particulièrement la blessure au foie. N a obtenu son congé de l'hôpital et l'on s'attendait à ce qu'il se rétablisse complètement. Cinq jours plus tard, il est décédé d'un caillot sanguin. L'autopsie a révélé des traces de cocaïne dans son sang, ce qui indiquait que la cocaïne avait été consommée 30 à 45 minutes avant le décès. Selon le témoignage de l'expert, N aurait pu succomber par suite de complications découlant de l'ingestion de cocaïne. Au procès, la défense a plaidé qu'un doute raisonnable avait été soulevé quant à la question de savoir si le décès de la victime était lié ou non au coup de feu — même si la preuve a montré que les intimés avaient eu l'intention de tuer la victime, la preuve médicale soulevait un doute raisonnable sur la question de savoir si les accusés avaient effectivement

but convict them of attempted murder. The trial judge declined to put the option of attempted murder to the jury, and the accused were convicted of second degree murder. The majority of the Court of Appeal ordered a new trial by concluding that the trial judge's failure to afford the jury an opportunity to consider returning a verdict on an included offence, where that verdict was reasonably available, constituted a reversible error. The minority found that the trial judge's error was harmless in the circumstances of this case and would have applied the curative proviso on the basis that the jury was equipped with all the tools it needed to give the matter of causation careful consideration.

Held (Deschamps, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ.: The need to prove causation is common to both murder and manslaughter. The Crown must establish beyond a reasonable doubt that the shooting significantly contributed to the victim's death. If the evidence of the Crown pathologist left the members of the jury with a doubt on that account, then at most the accused could be convicted of an attempt to murder. If that view were taken by the jury (and of course we do not know what its members thought), the appropriate verdict (attempted murder) was not one of the options left open to them to consider. The accused had a right to the verdict of a properly instructed jury, and appellate courts must exercise prudence so as not to trespass on that fundamental right.

The dissenting judge in the Court of Appeal urged adoption of a more "holistic" approach to s. 686(1)(b)(iii) by lightening of the Crown's burden from a requirement to demonstrate an "overwhelming" case against the accused to the lesser standard of a "very strong" case, and to allow appellate courts to tolerate errors of law that while not "insignificant" are nevertheless "highly unlikely to have affected the result".

However, there is a significant difference between a legal error that can be confidently dismissed as "harmless", and an assessment that while the error is

causé le décès de la victime. Les accusés ont plaidé que le verdict qui s'imposait en droit au jury (s'il acceptait cette hypothèse) aurait été un acquittement relativement à l'accusation de meurtre, mais un verdict de culpabilité de tentative de meurtre. Le juge de première instance a refusé de soumettre au jury la possibilité de déclarer les accusés coupables de tentative de meurtre, et ces derniers ont été déclarés coupables de meurtre au deuxième degré. En Cour d'appel, les juges de la majorité ont ordonné la tenue d'un nouveau procès, statuant que le refus du juge de première instance de donner au jury une possibilité d'envisager de rendre un verdict relatif à l'infraction comprise, lorsqu'un tel verdict peut raisonnablement être prononcé, constituait une erreur donnant ouverture à révision. Le juge dissident a conclu que l'erreur du juge de première instance était inoffensive en l'espèce et il aurait appliqué la disposition réparatrice puisque le jury possédait tous les outils nécessaires pour procéder à un examen minutieux du lien de causalité.

Arrêt (les juges Deschamps, Rothstein et Cromwell sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron : La nécessité d'établir le lien de causalité est commune au meurtre et à l'homicide involontaire coupable. Le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable que les coups de feu ont contribué de façon appréciable à la mort de la victime. Si le témoignage du pathologiste assigné par le ministère public a laissé les jurés dans l'incertitude à cet égard, les intimés pourraient, tout au plus, être déclarés coupables de tentative de meurtre. Si le jury adoptait ce point de vue (et, bien entendu, nous ne savons pas ce que pensaient les jurés), le verdict approprié (culpabilité de tentative de meurtre) ne figurait pas dans les options qui leur ont été présentées. Les intimés avaient droit à ce que le verdict soit prononcé par un jury ayant reçu des directives appropriées, et les cours d'appel doivent faire preuve de prudence afin de ne pas empiéter sur ce droit fondamental.

Le juge dissident en Cour d'appel a préconisé l'adoption, relativement au sous-al. 686(1)(b)(iii), d'une approche plus « globale » et, à cette fin, d'alléger le fardeau du ministère public afin qu'il ne soit plus tenu de présenter contre l'accusé une preuve « accablante », mais seulement une « très forte » preuve, et de permettre que les cours d'appel puissent tolérer des erreurs de droit qui, bien qu'elles ne soient pas « inoffensives », risquent « fort peu d'influer sur le résultat ».

Il y a toutefois une différence importante entre une erreur de droit que l'on peut écarter en toute confiance parce qu'elle est « inoffensive », et une évaluation selon

prejudicial, it is not (in the after-the-fact view of the appellate court) so prejudicial as to have affected the outcome. Such delicate assessments are foreign to the purpose of the curative proviso which is to avoid a retrial that would be superfluous and unnecessary but to set high the Crown's burden of establishing those prerequisites. The same can be said for the other branch of the curative proviso. As a result, the burden of the Crown to demonstrate an "overwhelming" case or a "harmless" error of law should not be relaxed.

The trial judge's error in failing to put to the jury the option of a lawful verdict that matched the theory of the defence and that was open to the jury on the evidence cannot be dismissed as "harmless" because it is impossible to be certain that if this had been done, and notwithstanding the correct instruction on murder, the verdict might not have been different. This is not a case where the triviality of the error itself or the lack of prejudice by a more serious error can justify the application of the curative proviso. A failure to instruct on a viable alternative verdict falls into neither category. Accordingly, in the circumstances of the present case, it is not open to the appellate court to apply the curative proviso to remedy the trial judge's error in his instruction to the jury.

Per Deschamps, Rothstein and Cromwell JJ. (dissenting): The issue is not whether the evidence of guilt was "overwhelming", nor is the Court's task here to try to predict what effect a particular line of argument might have had on the jury's assessment of a witness's credibility. The issue is whether there was any reasonable possibility that the error could have had any impact on the verdict. Failure to provide instructions on attempted murder would only have been relevant if the jury had a doubt about causation. The trial judge, by everyone's agreement, flawlessly directed the jury on the offence of murder, including the requirement that the shooting caused the deceased's death. The trial judge provided the jury with a decision tree which clearly indicated, as had the judge's instructions, that in order to convict, the jury must unanimously be of the view that the Crown had proved causation beyond a reasonable doubt. The jury deliberated for five days. They asked no questions about causation. They returned a verdict of guilty of second degree murder against both accused. The jury's verdict of guilty of second degree murder necessarily

laquelle l'erreur, bien qu'elle soit préjudiciable, n'est pas (selon l'examen que fait a posteriori la cour d'appel) préjudiciable au point d'avoir une incidence sur le résultat. Des évaluations aussi subtiles sont étrangères à l'objet de la disposition réparatrice qui consiste à éviter un nouveau procès qui serait superflu et inutile, tout en imposant un lourd fardeau au ministère public qui doit établir ces conditions préalables. Ce raisonnement vaut aussi pour l'autre élément de la disposition réparatrice. Par conséquent, il ne convient pas d'alléger le fardeau qu'a le ministère public de démontrer que la preuve est « accablante » ou qu'une erreur de droit est « inoffensive ».

L'erreur commise par le juge de première instance en refusant d'exposer à l'appréciation du jury la possibilité d'un verdict valable en droit qui correspondait à la thèse de la défense et que le jury pouvait prononcer compte tenu de la preuve ne peut être considérée comme une erreur « inoffensive » car nous ne pouvons être certains que, si cela avait été fait et malgré l'existence de directives justes en matière de meurtre, le verdict n'aurait pas pu être différent. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire dans laquelle le caractère anodin de l'erreur ou l'absence de préjudice résultant d'une erreur plus grave peuvent justifier l'application de la disposition réparatrice. L'omission de donner au jury des directives relatives à un autre verdict valable n'entre dans ni l'une ni l'autre de ces catégories. Par conséquent, compte tenu des circonstances de l'espèce, la Cour d'appel ne peut pas appliquer la disposition réparatrice pour corriger l'erreur commise par le juge de première instance dans ses directives au jury.

Les juges Deschamps, Rothstein et Cromwell (dissidents) : La question n'est pas de savoir si la preuve de la culpabilité était « accablante », et la Cour n'a pas à prédire l'effet qu'un argument donné aurait pu avoir sur l'appréciation, par le jury, de la crédibilité d'un témoin. Il s'agit de déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que l'erreur ait pu avoir quelque incidence sur le verdict. L'absence de directives concernant l'infraction de tentative de meurtre n'aurait été pertinente que si le jury avait eu un doute à l'égard du lien de causalité. De l'avis de tous, le juge du procès a donné au jury des directives impeccables au sujet de l'infraction de meurtre, y compris quant à l'exigence que la mort du défunt ait été causée par les coups de feu. Il a soumis au jury une fourchette de décisions qui, tout comme ses directives, indiquaient clairement que pour prononcer un verdict de culpabilité les jurés devaient être unanimement d'avis que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence du lien de causalité. Les jurés ont délibéré pendant cinq jours. Ils n'ont posé aucune question au sujet du lien de causalité. Ils ont rendu un

reflected the jury's finding, beyond a reasonable doubt, that the shooting had indeed caused the victim's death. That is the only conclusion with respect to causation that is consistent with the jury's verdict. Appellate courts should not speculate at the jury's expense and impute to jurors a subconscious failure to fulfill their sworn duty. Nor should they simply assert that the trial judge's omitted instruction to the jury gave rise to an injustice. Therefore, the Crown has discharged its burden to show that if the legal error here — the failure to instruct on attempted murder — had not been made, the result would inevitably have been the same.

Cases Cited

By Binnie J.

Referred to: *R. v. Poole* (1997), 91 B.C.A.C. 279; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Nette*, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Haughton*, [1994] 3 S.C.R. 516; *Gilbert v. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573.

By Cromwell J. (dissenting)

R. v. Khan, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573; *Gilbert v. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *Bullard v. The Queen*, [1957] A.C. 635; *R. v. Coutts*, [2006] UKHL 39, [2006] 4 All E.R. 353; *R. v. Maxwell* (1990), 91 Cr. App. R. 61.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 229(a), 660 to 662, 686(1)(a)(ii), (b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Moldaver and Epstein J.J.A.), 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, 259 C.C.C. (3d) 293, 79 C.R. (6th) 151, [2010] O.J. No. 3748 (QL), 2010 CarswellOnt 6646, setting aside the accused's convictions for second degree murder and ordering a new trial. Appeal dismissed, Deschamps, Rothstein and Cromwell JJ. dissenting.

verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré contre les deux accusés. Ce verdict reflète nécessairement leur conclusion — tirée hors de tout doute raisonnable — que les coups de feu ont bel et bien causé la mort de la victime. En ce qui concerne le lien de causalité, c'est la seule conclusion qui soit compatible avec le verdict du jury. Les cours d'appel n'ont pas à faire des conjectures aux dépens du jury et à imputer aux jurés le fait d'avoir omis de façon inconsciente de s'acquitter de leur devoir solennel. Elles ne doivent pas non plus affirmer tout simplement que l'omission, par le juge du procès, de donner des directives au jury constitue une injustice. Par conséquent, le ministère public s'est acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que, même si l'erreur de droit commise en l'espèce — à savoir l'omission de donner des directives à propos de l'infraction de tentative de meurtre — n'était pas survenue, l'issue du procès aurait inévitablement été la même.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *R. c. Poole* (1997), 91 B.C.A.C. 279; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Haughton*, [1994] 3 R.C.S. 516; *Gilbert c. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573.

Citée par le juge Cromwell (dissident)

R. c. Khan, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573; *Gilbert c. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *Bullard c. The Queen*, [1957] A.C. 635; *R. c. Coutts*, [2006] UKHL 39, [2006] 4 All E.R. 353; *R. c. Maxwell* (1990), 91 Cr. App. R. 61.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 229a), 660 à 662, 686(1)(a)(ii), b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Moldaver et Epstein), 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, 259 C.C.C. (3d) 293, 79 C.R. (6th) 151, [2010] O.J. No. 3748 (QL), 2010 CarswellOnt 6646, qui a annulé les déclarations de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcées contre les accusés et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Deschamps, Rothstein et Cromwell sont dissidents.

James K. Stewart, for the appellant.

Russell Silverstein and Ingrid Grant, for the respondent Robert Sarrazin.

Philip Campbell and Howard L. Krongold, for the respondent Darlind Jean.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Fish, Abella and Charron JJ. was delivered by

[1] BINNIE J. — The respondents were convicted by a jury of second degree murder. They contend, and the Crown now concedes, that the trial judge failed to instruct the members of the jury on the full range of verdicts reasonably open to them on the law and the evidence. Even if the evidence showed that they *intended* to kill the victim, the respondents say, there was a reasonable doubt on the medical evidence that they in fact *caused* the victim's death. He might have died from complications arising from cocaine ingested minutes before death. The Ontario Court of Appeal agreed unanimously on this view of events that a verdict of *attempted* murder was open to the jury, but the trial judge did not leave it with that option. In these circumstances, the accused would ordinarily be entitled to a new trial. However, s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Cr. C.*”), the “curative proviso”, permits an appellate court to uphold a jury's verdict notwithstanding a trial judge's error of law, *provided* it is satisfied that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

[2] The question raised by the present appeal is whether this Court should relax the requirements for the application of the proviso, and whether, relaxed or not, the proviso applies in this case to deny the respondents the new trial ordered by the Ontario Court of Appeal.

[3] For the reasons that follow, I agree with the majority opinion in the Ontario Court of

James K. Stewart, pour l'appelante.

Russell Silverstein et Ingrid Grant, pour l'intimé Robert Sarrazin.

Philip Campbell et Howard L. Krongold, pour l'intimé Darlind Jean.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Fish, Abella et Charron rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Un jury a reconnu les intimés coupables de meurtre au deuxième degré. Ces derniers prétendent — et le ministère public le reconnaît maintenant — que le juge de première instance n'a pas donné aux jurés des directives sur tous les verdicts qu'ils pouvaient raisonnablement rendre au regard du droit et de la preuve. Même si la preuve a montré qu'ils *avaient eu l'intention* de tuer la victime, les intimés affirment que la preuve médicale soulevait un doute raisonnable sur la question de savoir s'ils *avaient causé* le décès de la victime. Il était possible que celle-ci ait succombé par suite de complications découlant de l'ingestion de cocaïne quelques minutes avant son décès. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu à l'unanimité que, avec une telle interprétation des événements, les jurés auraient pu rendre un verdict de *tentative* de meurtre, mais que le juge de première instance ne leur a pas donné ce choix. Dans ces circonstances, les accusés ont habituellement droit à un nouveau procès. Cependant, la « disposition réparatrice », le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *Code* »), permet à une cour d'appel de confirmer le verdict d'un jury, malgré une erreur de droit commise par le juge de première instance, *si* elle est convaincue qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit.

[2] La question que soulève le présent pourvoi consiste à décider si la Cour devrait assouplir les conditions d'application de la disposition réparatrice et si, assouplie ou non, cette disposition s'applique en l'espèce et a pour effet de refuser aux intimés le nouveau procès ordonné par la Cour d'appel de l'Ontario.

[3] Pour les motifs qui suivent, je souscris à l'opinion exprimée par les juges majoritaires de

Appeal. The rules governing the application of s. 686(1)(b)(iii) should not be relaxed. In my view, the proviso has no application in the circumstances of this case. As a result, the Crown's appeal should be dismissed.

I. Facts

[4] The victim, Apaid Noël, and the respondents were members of rival Haitian gangs in Montreal with a long history of violent acts against each other. In the early hours of February 19, 1998, the respondents Robert Sarrazin and Darlind Jean confronted Noël outside an Ottawa night club. One of the respondents was overheard to say [TRANSLATION] "You're going to die tonight". Sarrazin and Jean then left. They returned five minutes later. Sarrazin had armed himself with a sawed-off shotgun. After another brief verbal scuffle, Sarrazin pointed the weapon at Noël and fired the shotgun just as Noël reached out for it, shooting him in the forearm. As Jean and another person urged him to kill Noël, Sarrazin discharged the barrel into Noël's abdomen and fled. Noël collapsed and was rushed to hospital. The gunshot wound to his abdomen caused life-threatening injuries, particularly to his liver. Skilful surgical intervention and medical care saved his life, at least for a short time.

[5] Although Noël's post-operative progress was somewhat uneven, by March 13, 1998, he was doing well enough to be released from the hospital. Dr. Joel Freeman, his surgeon, expected that Noël would make a full recovery. Five days later, for reasons that are not entirely clear, he suddenly collapsed and died of a pulmonary thromboembolism (blood clot) that blocked the flow of blood to his lungs. Dr. Freeman described the death as a "freakish" medical happening. In the autopsy, trace amounts of cocaine were detected in Noël's blood. This presence of the drug indicated cocaine consumption within 30 to 45 minutes of death.

la Cour d'appel de l'Ontario. Les règles régissant l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) ne devraient pas être assouplies. À mon avis, la disposition réparatrice ne s'applique pas dans les circonstances de l'espèce. Par conséquent, l'appel du ministère public devrait être rejeté.

I. Faits

[4] La victime, Apaid Noël, et les intimés étaient membres de gangs haïtiens rivaux de Montréal, gangs qui se livrent depuis longtemps à des actes de violence l'un contre l'autre. Aux petites heures du matin le 19 février 1998, les intimés Robert Sarrazin et Darlind Jean se sont trouvés en présence de M. Noël à l'extérieur d'une boîte de nuit à Ottawa. On a entendu un des intimés dire : « Tu vas mourir ce soir . . . » MM. Sarrazin et Jean sont alors partis. Ils sont revenus cinq minutes plus tard. M. Sarrazin s'était muni d'un fusil de chasse à canon tronqué. Après une autre brève engueulade, M. Sarrazin a pointé le fusil en direction de M. Noël et a fait feu au moment où ce dernier essayait d'attraper l'arme, l'atteignant à l'avant-bras. Alors que M. Jean et une autre personne insistaient pour qu'il tue M. Noël, M. Sarrazin a déchargé l'arme dans l'abdomen de la victime et a pris la fuite. M. Noël s'est effondré et a été amené d'urgence à l'hôpital. La décharge à l'abdomen de la victime lui a causé des blessures mettant sa vie en danger, particulièrement la blessure au foie. Une intervention chirurgicale habile ainsi que des soins médicaux lui ont sauvé la vie, au moins pendant quelque temps.

[5] Même si, après l'opération, l'état de santé de M. Noël ne s'améliorait pas de façon constante, le 13 mars 1998, il allait suffisamment bien pour qu'on lui accorde son congé de l'hôpital. Le D^f Joel Freeman, le chirurgien, s'attendait à ce que M. Noël se remette complètement. Cinq jours plus tard, pour des raisons qui ne sont pas tout à fait claires, ce dernier a soudainement perdu connaissance et il est décédé d'une thrombo-embolie pulmonaire (un caillot sanguin) qui a bloqué l'afflux du sang à ses poumons. Le D^f Freeman a qualifié le décès de « bizarrerie » médicale. L'autopsie a révélé des traces de cocaïne dans le sang de M. Noël. La présence de la cocaïne indiquait qu'elle avait été consommée 30 à 45 minutes avant le décès.

[6] Expert testimony indicated that the blood clot was probably related to the injuries sustained in the shooting, but, given that cocaine could cause hypercoagulability (propensity to develop blood clots), the pathologist called by the Crown refused at trial to rule out the possibility that the clot was *entirely* the result of the victim's consumption of cocaine. On cross-examination, Dr. Brian Johnston testified:

Q. Okay. So, given that we had a young man here with a clot, the source of which you could not determine definitively, you're not really able to rule out cocaine as having caused the clot to form, right?

A. I guess that is true, yes.

Q. Because, although -- it's a little difficult in Mr. Noël's case because he's had these injuries, he's had surgery, and then a month later he's deceased. It would be clearer if he'd had these injuries, had surgery, and a month later he walked out and was hit by a bus. We'd be able to say, you know, there's no relationship.

A. Correct.

Q. Here it is possible that his ingestion of cocaine is just like getting hit by that bus. The clot may have no relationship to any of the surgery or any of the injuries.

A. It's possible. I wouldn't think it'd be likely, but it's possible. [Emphasis added; A.R., vol. VIII, at p. 61.]

When pressed further, the pathologist added:

Q. So, you would agree that it is an issue in this particular case as to whether cocaine or the injury to the liver was the, I suppose the cause of the clot, you'd agree it's an issue about which reasonable pathologists could disagree.

A. Correct. [A.R., vol. VIII, at p. 78]

[7] The defence declined to call its own expert evidence on the causation issue but relied entirely

[6] Selon le témoignage des experts, le caillot sanguin était probablement lié aux blessures subies à la suite du coup de feu, mais, comme la cocaïne pouvait causer de l'hypercoagulabilité (une propension au développement de caillots sanguins), le pathologiste assigné par le ministère public a refusé au procès d'écarter la possibilité que le caillot ait résulté *entièrement* de la consommation de cocaïne de la victime. Durant son contre-interrogatoire, le D^r Brian Johnston a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

Q. D'accord. Donc, comme nous avons un jeune homme souffrant d'un caillot, dont vous n'avez pu déterminer la source avec certitude, vous n'êtes pas vraiment en mesure d'écarter la possibilité que la cocaïne ait causé la formation du caillot, n'est-ce pas?

R. Je suppose que c'est juste, oui.

Q. Car, bien que -- c'est un peu difficile dans le cas de M. Noël puisqu'il a subi ces blessures, on l'a opéré puis, un mois plus tard, il est mort. Ce serait plus évident s'il avait subi ces blessures, avait été opéré, et un mois plus tard, à sa sortie, il s'était fait frapper par un autobus. Nous serions alors capables de dire, vous savez, qu'il n'y a aucun lien.

R. Exact.

Q. Dans ce cas, il est possible que l'ingestion de cocaïne soit exactement comme le fait de se faire heurter par l'autobus. Le caillot pourrait ne pas avoir de lien avec l'opération ou les blessures.

R. C'est possible. Je ne pense pas que ce soit probable, mais c'est possible. [Je souligne; d.a., vol. VIII, p. 61.]

Invité à préciser sa pensée, le pathologiste a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION]

Q. Ainsi, vous admettez que, dans ce cas précis, on peut se demander si c'est l'ingestion de cocaïne ou la blessure au foie qui a été, supposons, la cause du caillot, vous convenez qu'il s'agit d'une question sur laquelle des pathologistes raisonnables pourraient ne pas s'entendre.

R. Exact. [d.a., vol. VIII, p. 78]

[7] La défense a choisi de ne pas présenter sa propre preuve d'experts sur le lien de causalité

on the comments of the Crown pathologist, which it said raised a reasonable doubt as to whether the victim's death was or was not related to the shooting.

II. Relevant Enactments (“The Curative Proviso”)

[8] *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . . .

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

. . . .

(b) may dismiss the appeal where

. . . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred

III. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice*

[9] The respondents were initially tried in 2000, found guilty of second degree murder and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 18 years. Identity was the principal issue in that first trial. Causation was not an issue. In April 2005, the Ontario Court of Appeal ordered a new trial primarily on the basis that the trial judge

et s’est fondée entièrement sur les commentaires du pathologiste assigné par le ministère public, lesquels, selon elle, soulevaient un doute raisonnable quant à savoir si le décès de la victime était lié ou non au coup de feu.

II. Dispositions législatives pertinentes (« la disposition réparatrice »)

[8] *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46

686. (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité ou d’un verdict d’inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d’appel :

a) peut admettre l’appel, si elle est d’avis, selon le cas :

. . . .

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit,

. . . .

b) peut rejeter l’appel, dans l’un ou l’autre des cas suivants :

. . . .

(iii) bien qu’elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l’appel pourrait être décidé en faveur de l’appellant, elle est d’avis qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit . . .

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario*

[9] Les intimés ont subi en 2000 un premier procès au terme duquel ils ont été déclarés coupables de meurtre au deuxième degré et condamnés à l’emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 18 ans. Lors de ce procès, l’identité était la principale question en litige. Le lien de causalité n’était

had made errors in his ruling on the admissibility of certain evidence (75 O.R. (3d) 485).

[10] At the second trial (from which the present appeal is taken), the respondents again argued that the Crown had failed to prove that they were the individuals who had participated in the shooting. In addition, however, they now contended that the shooting of Apaid Noël on February 19, 1998 did not cause his death. In effect, they argued that even if the accused *intended* to kill the victim, they had not succeeded. The correct verdict in law to give such a finding (if it were made by the jury) would have been to acquit the respondents of murder, but convict them of attempted murder.

[11] In pre-charge discussions, the trial judge expressed some uncertainty over whether a verdict of attempted murder was available as an included offence, but said that he would instruct the jury on that offence if all counsel agreed that he should do so. The defence requested such an instruction. After some debate about the state of the law, Crown counsel took the position that no such verdict was available because of the wording of s. 662(3) *Cr. C.* as interpreted in *R. v. Poole* (1997), 91 B.C.A.C. 279. Accordingly, the trial judge declined to put attempted murder to the jury, but expressed to counsel serious concerns about the potential consequences of a decision not to do so:

What I was saying is that obviously if it turns out that attempt[ed] murder is an included offence, notwithstanding my opinion . . . , that will be a fatal error.

. . .

. . . If the Court of Appeal does not [agree with me], then there's a fatal error because obviously . . . it should

pas en cause. En avril 2005, la Cour d'appel de l'Ontario a ordonné la tenue d'un nouveau procès, principalement au motif que le juge de première instance, avait commis des erreurs dans sa décision sur l'admissibilité de certains éléments de preuve (75 O.R. (3d) 485).

[10] Au deuxième procès (dont découle le présent pourvoi), les intimés ont de nouveau plaidé que le ministère public n'avait pas prouvé leur participation à la fusillade. Toutefois, ils ont de plus avancé pour la première fois que la blessure par balle qu'Apaid Noël avait subie le 19 février 1998 n'avait pas causé son décès. En fait, ils ont soutenu que, même si les accusés *avaient eu l'intention* de tuer la victime, ils n'y étaient pas parvenus. Le verdict qui s'imposait en droit au jury (s'il acceptait cette hypothèse) aurait été un acquittement relativement à l'accusation de meurtre, mais un verdict de culpabilité de tentative de meurtre.

[11] Dans les discussions qui ont précédé son exposé au jury, le juge de première instance a exprimé certains doutes quant à la possibilité que soit rendu un verdict de culpabilité de tentative de meurtre — en tant qu'infraction comprise —, mais il a dit qu'il donnerait au jury des directives relatives à cette infraction si tous les avocats convenaient qu'il devait le faire. La défense a demandé que ces directives soient données. À l'issue d'un débat sur l'état du droit, l'avocat du ministère public a affirmé qu'un tel verdict ne pouvait être prononcé en raison de l'interprétation donnée au par. 662(3) du *Code* dans l'arrêt *R. c. Poole* (1997), 91 B.C.A.C. 279. Le juge a donc refusé d'exposer à l'appréciation du jury la tentative de meurtre, mais il a fait part aux avocats de ses sérieuses préoccupations quant aux conséquences possibles de cette décision :

[TRADUCTION] Ce que je disais, c'est que, de toute évidence, s'il s'avère que la tentative de meurtre est comprise dans l'infraction, malgré ce que je pense [. . .], il s'agira d'une erreur fatale.

. . .

. . . Si la Cour d'appel n'est pas [d'accord avec moi], alors c'est une erreur fatale parce que, de toute évidence, [. . .]

have been left. So, that's where we are. [A.R., vol. XII, at pp. 21 and 22]

[12] After deliberating for five days, the jury convicted both respondents of second degree murder. They were sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 18 years.

[13] The respondents have been in custody since their arrests in late February and early March 1998, respectively — a period of over 13 years.

B. *Ontario Court of Appeal, 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200 (Doherty, Moldaver and Epstein J.J.A.)*

[14] The Court of Appeal was unanimous in upholding the availability in these circumstances of a verdict of attempted murder. The court divided on whether the verdict could nevertheless be upheld under s. 686(1)(b)(iii) *Cr. C.* Doherty J.A., and Epstein J.A. concurring, concluded that the trial judge's failure to instruct the jury that a finding of attempted murder was a possible verdict constituted an error of law which could not be saved by the curative proviso. The prosecution, he held, "cannot automatically rely on factual findings implicit in the jury's verdict" of second degree murder but must demonstrate

that there is no reasonable possibility that the verdict on the main charge was influenced by the misdirection or non-direction with respect to potential liability for an included offence. On this analysis, the failure to afford a jury an opportunity to consider returning a verdict on an included offence, where that verdict is reasonably available, will in most circumstances constitute reversible error unless the Crown can show that it had an overwhelming case on the main charge. [para. 87]

In Doherty J.A.'s view, a new trial was necessary because

il aurait fallu la soumettre à l'appréciation du jury. Alors, voilà où nous en sommes. [d.a., vol. XII, p. 21 et 22]

[12] Le jury a délibéré pendant cinq jours avant de déclarer les intimés coupables de meurtre au deuxième degré. Ces derniers ont été condamnés à une peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de libération conditionnelle avant 18 ans.

[13] Les intimés sont détenus depuis leur arrestation, à la fin de février et au début de mars 1998 respectivement, soit depuis plus de 13 ans.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200 (les juges Doherty, Moldaver et Epstein)*

[14] La Cour d'appel a confirmé à l'unanimité la possibilité pour le jury de prononcer un verdict de tentative de meurtre dans de telles circonstances. La cour était partagée sur la question de savoir si le verdict pouvait néanmoins être confirmé aux termes du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*. Le juge Doherty, avec l'appui de la juge Epstein, a conclu que le refus du juge de première instance d'exposer aux jurés la possibilité de rendre un verdict de tentative de meurtre constituait une erreur de droit qui ne pouvait pas être corrigée par l'application de la disposition réparatrice. Selon lui, le ministère public [TRADUCTION] « ne peut pas automatiquement s'appuyer sur des conclusions factuelles implicites dans le verdict [de meurtre au deuxième degré] prononcé par le jury », mais doit démontrer

qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict sur l'accusation principale ait été influencé par des directives erronées ou par l'absence de directives relativement à la responsabilité éventuelle à l'égard d'une infraction comprise. Selon cette analyse, le fait de ne pas donner au jury la possibilité de rendre un verdict relatif à l'infraction comprise, lorsque ce verdict peut raisonnablement être prononcé, constituera dans la plupart des cas une erreur donnant lieu à révision, à moins que le ministère public puisse démontrer qu'il avait une preuve accablante quant à l'accusation principale. [par. 87]

Selon le juge Doherty, il était nécessaire de tenir un nouveau procès pour les raisons suivantes :

[m]anslaughter instructions directed at a possible doubt regarding the mental state required for murder do not allay my concern that the jury's finding of fact on the distinct question of causation may have been influenced by an instruction that a reasonable doubt regarding causation should lead to the appellants' outright acquittal. [para. 95]

[15] Moldaver J.A. (as he then was), though dissenting in the result, agreed with Doherty J.A. that the trial judge's failure to leave attempted murder with the jury constituted an error of law. However, he would have applied the curative proviso and dismissed the appeal, not on the basis of an overwhelming case against the accused, but rather on the basis that the trial judge's error was harmless in the circumstances of this case. In his view, the causation issue had been canvassed with the jury in depth by the Crown and defence counsel. The trial judge's charge to the jury on causation was exemplary. The jury was equipped with all the tools it needed to give the matter of causation careful consideration. If any of the jurors were troubled by the issue of causation, but considered it unpalatable to let the respondents go free, a compromise verdict (i.e. manslaughter or a hung jury) would have been expected. In the words of Moldaver J.A., it is "unreasonable, if not unfathomable, to think that a jury in those circumstances would render a verdict of murder, which would not only have been unresponsive to the [jury's] concern, but a dramatic betrayal of it" (para. 156).

[16] Further, in a footnote intended for the attention of this Court, Moldaver J.A. invited a relaxation of the present rules governing the prerequisites for the application of the curative proviso:

With respect, this is perhaps an area that the Supreme Court of Canada may wish to re-visit in view of the present-day complexity of the criminal law, the ever-increasing length of criminal trials, the practical difficulties involved in re-trying cases many years after the event, the added burden that lengthy re-trials

[TRANSCRIPTION] Les directives sur l'homicide involontaire coupable en cas de doute relativement à l'état d'esprit requis pour le meurtre ne dissipent pas ma crainte que la conclusion de fait du jury sur la question distincte du lien de causalité ait pu être influencée par une directive selon laquelle un doute raisonnable quant au lien de causalité devrait mener à l'acquittement complet des appelants. [par. 95]

[15] Bien que dissident quant au résultat, le juge Moldaver (maintenant juge de notre Cour) partageait le point de vue du juge Doherty selon lequel le refus du juge de première instance d'exposer au jury le verdict de tentative de meurtre constituait une erreur de droit. Cependant, il aurait appliqué la disposition réparatrice et rejeté l'appel, non pas sur le fondement d'une preuve accablante présentée contre les accusés, mais plutôt en raison du fait que l'erreur du juge de première instance était inoffensive en l'espèce. À son avis, les avocats du ministère public et de la défense avaient expliqué en détail au jury la question du lien de causalité. L'exposé du juge de première instance au jury sur la question du lien de causalité était exemplaire. Le jury avait tous les outils nécessaires pour procéder à un examen minutieux du lien de causalité. Si cette question troublait un des jurés, et qu'il estimait inacceptable de permettre aux intimés de s'en tirer, il aurait fallu qu'un verdict de compromis (c.-à-d. homicide involontaire coupable ou désaccord du jury) soit prononcé. Pour reprendre le propos du juge Moldaver, il est [TRANSCRIPTION] « déraisonnable, voire incompréhensible, de penser qu'un jury dans ces circonstances prononcerait un verdict de meurtre qui, non seulement ne tiendrait pas compte des préoccupations [du jury], mais les trahirait carrément » (par. 156).

[16] De plus, dans une note en fin de texte à l'attention de notre Cour, le juge Moldaver a proposé un assouplissement des règles actuelles régissant les conditions d'application de la disposition réparatrice :

[TRANSCRIPTION] Avec égards, voilà peut-être un domaine que la Cour suprême du Canada souhaite réexaminer compte tenu de la complexité actuelle du droit criminel, de la durée de plus en plus longue des procès criminels, des difficultés pratiques liées à une nouvelle instruction d'une affaire plusieurs années après les événements,

place on an already overburdened justice system, the right of victims to closure, the interests of finality and the public's overall confidence in the administration of justice. Perhaps in light of these modern-day realities, a more holistic approach to the application of the proviso would be preferable to the existing "pigeon-hole" model so that the proviso could be applied where an appellate court is satisfied that the evidence of guilt is very strong, although not quite overwhelming, and the legal error or errors, though not insignificant, are highly unlikely to have affected the result. [Underlining added; para. 107, footnote 13.]

In any event, whether or not the rules governing s. 686(1)(b)(iii) *Cr. C.* are to be relaxed, Moldaver J.A. would have applied it and upheld the convictions.

IV. Analysis

[17] The trial of these respondents boiled down to three issues — identification, intent and causation. Identification was resolved conclusively against them by the jury verdict and no more needs to be said about it. The jury must also have rejected any theory of accident and concluded that the respondents acted with murderous intent, that is to say that they either intended the death of Noël, or meant to cause him bodily harm which they knew would likely cause death and were reckless as to whether or not death resulted (s. 229(a) *Cr. C.*).

[18] Manslaughter occupies a different niche in the law of homicide. It does not require murderous intent. It requires only an objective foreseeability of the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory, in the context of a dangerous act. Foreseeability of the risk of death is not required (*R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3).

du fardeau supplémentaire qu'imposent au système judiciaire déjà surchargé de longs nouveaux procès, du droit des victimes de pouvoir tourner la page, de l'intérêt que présente le caractère définitif des décisions et de la confiance du public envers l'administration de la justice. Compte tenu de ces réalités modernes, il serait peut-être préférable d'adopter une approche plus globale à l'égard de l'application de la disposition réparatrice plutôt que l'approche actuelle de compartimentation de sorte que la disposition réparatrice pourrait être appliquée lorsqu'une cour d'appel est convaincue que la preuve de la culpabilité est très forte, bien qu'elle ne soit pas accablante, et qu'il est fort peu probable qu'une ou des erreurs de droit, bien qu'elles ne soient pas inoffensives, aient influé sur le résultat. [Je souligne; par. 107, note 13 en fin de texte.]

Quoi qu'il en soit, que les règles régissant le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* soient assouplies ou non, le juge Moldaver l'aurait appliqué et aurait maintenu les déclarations de culpabilité.

IV. Analyse

[17] Le procès des intimés s'est résumé à trois questions — l'identification, l'intention et le lien de causalité. Dans son verdict, le jury a tranché la question de l'identification de façon concluante à l'encontre des intimés et il n'y a rien de plus à ajouter à ce sujet. Le jury a aussi nécessairement rejeté la thèse de l'accident et a conclu que les intimés avaient eu l'intention de commettre un meurtre, c'est-à-dire qu'ils avaient eu l'intention de causer la mort de M. Noël, ou l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'ils savaient être de nature à causer la mort et qu'il leur était indifférent que la mort s'ensuive ou non (al. 229a) du *Code*).

[18] L'homicide involontaire coupable occupe une niche différente dans le domaine du droit en matière d'homicide. Il ne nécessite pas une intention de commettre un meurtre. Il exige seulement une prévisibilité objective, dans le contexte d'un acte dangereux, du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère. La prévisibilité du risque de causer la mort n'est pas nécessaire (*R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3).

[19] The jury must have concluded that the appropriate way to characterize the respondents' intent was murder, not manslaughter.

A. *The Causation Dilemma*

[20] The need to prove causation is common to both murder and manslaughter. The Crown must establish beyond a reasonable doubt that the shooting significantly contributed to Noël's death (*R. v. Nette*, 2001 SCC 78, [2001] 3 S.C.R. 488, at para. 72). If the evidence of the Crown pathologist left the members of the jury with a doubt on that account, then at most the respondents could be convicted of an *attempt* to murder — an attempt foiled by the skill of the surgeon, Dr. Freeman. If that view were taken by the jury (and of course we do not know what its members thought), the appropriate verdict (attempted murder) was not one of the options given to them. Instead, the Crown took the position that the jury should be told to acquit the respondents if it had a reasonable doubt on the question of causation, a prospect which the jury may well have found disturbing. It was also wrong in law. As Arbour J. had pointed out in *Nette*, where “causation was not proven, a proper verdict might be attempted murder” (para. 47).

[21] On the Crown's view that attempted murder is not an included offence to murder, it would follow that if the jury had acquitted the respondents of murder, the Crown could have proceeded at a subsequent trial on a charge of attempted murder. The contrary view, that attempted murder is an included offence, is supported by Doherty J.A.'s meticulous analysis of the relevant *Criminal Code* provisions (ss. 660 to 662) and related case law. He concluded that “[t]he community as a whole and the participants in a criminal proceeding, be they accused, witness, juror, or investigator, are best served by a process that allows all issues to be resolved in a single trial” (para. 59). I cannot improve on his analysis and I will not repeat it. I

[19] Le jury doit avoir conclu que la façon appropriée de décrire l'intention des intimés était le meurtre et non l'homicide involontaire coupable.

A. *Le dilemme relatif au lien de causalité*

[20] La nécessité d'établir le lien de causalité est commune au meurtre et à l'homicide involontaire coupable. Le ministère public doit établir hors de tout doute raisonnable que le coup de feu a contribué de façon appréciable à la mort de M. Noël (*R. c. Nette*, 2001 CSC 78, [2001] 3 R.C.S. 488, par. 72). Si le témoignage du pathologiste assigné par le ministère public a laissé les jurés dans l'incertitude à cet égard, les intimés pourraient, tout au plus, être déclarés coupables de *tentative* de meurtre — une tentative déjouée par l'habileté du chirurgien, le Dr Freeman. Si le jury adoptait ce point de vue (et, bien entendu, nous ne savons pas ce que pensaient les jurés), le verdict approprié (culpabilité de tentative de meurtre) ne figurait pas dans les options qui leur ont été présentées. Le ministère public était plutôt d'avis que les jurés devraient recevoir comme directive d'acquitter les intimés s'ils avaient un doute raisonnable quant au lien de causalité, ce que les jurés auraient pu trouver troublant. Il s'agissait aussi d'une erreur de droit. Comme la juge Arbour l'a souligné dans *Nette*, dans le cas où « l'existence d'un lien de causalité [ne serait pas] établie, il pourrait convenir de rendre un verdict de culpabilité de tentative de meurtre » (par. 47).

[21] Si l'on acceptait le point de vue du ministère public selon lequel la tentative de meurtre n'est pas une infraction comprise dans le meurtre, il s'ensuivrait que si le jury avait acquitté les intimés de l'accusation de meurtre, le ministère public aurait pu leur intenter un nouveau procès sur une accusation de tentative de meurtre. Le point de vue contraire, selon lequel la tentative de meurtre est une infraction comprise, est étayé par l'analyse méticuleuse que le juge Doherty a faite des dispositions pertinentes du *Code criminel* (art. 660 à 662) et de la jurisprudence pertinente. Il a conclu que [TRADUCTION] « [l]a communauté dans son ensemble et les participants à l'instance criminelle, qu'il s'agisse des accusés, des témoins, des jurés ou

note that Moldaver J.A. agreed that the potential verdict of attempted murder should have been left with the jury and that it was an error of law not to do so.

B. Should the Rules Governing the Curative Proviso Be Relaxed?

[22] The statutory power of an appellate court to uphold the convictions of an accused person notwithstanding “a wrong decision on a question of law” at trial evidences Parliament’s recognition of the public interest in avoiding the cost and delay of retrials where a properly instructed jury at a retrial would inevitably reach the same verdict. This assessment is necessarily somewhat speculative, as no one really knows what the *actual* jury would have done if its members had been properly presented with all of the verdicts that might reasonably have arisen on the evidence. Of course, no one *can* know, since members of the jury cannot be questioned after the trial.

[23] The respondents had a right to the verdict of a properly instructed jury, and appellate courts must exercise prudence so as not to trespass on that fundamental right.

[24] Having said that, the public policy concerns expressed by Moldaver J.A. in footnote 13, set out above, are of course very real. The respondents have already been tried twice and convicted twice. If there is to be a third trial, it will require the participants to put to the test their recollection of fleeting events 13 or more years previously. As was said in *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751:

Ordering a new trial raises significant issues for the administration of justice and the proper allocation of resources. Where the evidence against an accused is powerful and there is no realistic possibility that a new

des enquêteurs, sont mieux servis par un processus permettant que toutes les questions soient résolues dans un même procès » (par. 59). Je ne peux pas améliorer son analyse et je ne la répéterai pas. Je souligne que le juge Moldaver a reconnu que la possibilité de prononcer un verdict de culpabilité de tentative de meurtre aurait dû être présentée à l’appréciation du jury et qu’il s’agissait d’une erreur de droit de ne pas le faire.

B. Convient-il d’assouplir l’application de la disposition réparatrice?

[22] Le pouvoir que la loi confère à une cour d’appel de confirmer les déclarations de culpabilité d’un accusé en dépit d’« une décision erronée sur une question de droit » au procès démontre que le législateur reconnaît l’intérêt, pour le public, d’éviter les frais et les délais qu’entraîne un nouveau procès à l’issue duquel un jury ayant reçu des directives appropriées rendrait inévitablement le même verdict. Cette évaluation est nécessairement conjecturale puisque nul ne sait vraiment ce que les jurés auraient fait *en l’espèce* s’ils s’étaient vu présenter tous les verdicts qu’ils auraient raisonnablement pu rendre au vu de la preuve. Évidemment, nul ne *peut* savoir, puisque les jurés ne peuvent pas être interrogés après le procès.

[23] Les intimés avaient droit à ce que le verdict soit prononcé par un jury ayant reçu des directives appropriées, et les cours d’appel doivent faire preuve de prudence afin de ne pas empiéter sur ce droit fondamental.

[24] Cela étant dit, les considérations d’ordre public exprimées par le juge Moldaver dans la note 13, précitée, sont bien réelles. Les intimés ont déjà subi deux procès et ont été déclarés coupables à deux reprises. S’il doit y avoir un troisième procès, les participants devront mettre à rude épreuve leur souvenir des événements survenus il y a au moins 13 ans. Comme la Cour l’a indiqué dans *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751 :

Ordonner la tenue d’un nouveau procès soulève des questions importantes relativement à l’administration de la justice et à l’affectation adéquate des ressources. Si la preuve contre l’accusé est forte et qu’il n’y a aucune

trial would produce a different verdict, it is manifestly in the public interest to avoid the cost and delay of further proceedings. Parliament has so provided. [para. 46]

The emphasis, necessarily, is on the words “no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict”. Section 686(1)(b)(iii) *Cr. C.* explicitly manifests Parliament’s concern about the risk of a “substantial wrong or miscarriage of justice” and that concern is central to any proper approach to the interpretation of the section.

[25] In more recent cases, the Court has given greater precision to the interpretation of s. 686(1)(b)(iii) *Cr. C.* by generally limiting its application to cases where the evidence against an accused is *overwhelming* or where it can be safely said that the legal error was *harmless* because it could have had no impact on the verdict: *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at paras. 28-31; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at paras. 34-36. The Crown does not argue that the proviso should be applied because the evidence against the accused was overwhelming. To succeed, therefore, it must establish that the legal error of the trial judge was harmless.

[26] Moldaver J.A. refers to this Court’s refinement as a “‘pigeon-hole’ model”, and urges adoption of a more “holistic” approach, i.e. looking at the thrust of s. 686(1)(b)(iii) *Cr. C.* taken as a whole rather than analyzed in terms of component branches. This, he suggests, should be accompanied by a lightening of the Crown’s burden from a requirement to demonstrate an “overwhelming” case against the accused to the lesser standard of a “very strong” case, and to allow appellate courts to tolerate errors of law that while not “insignificant” are nevertheless “highly unlikely to have affected the result”. The message is that we have too many retrials and something should be done about it.

possibilité réaliste qu’un nouveau procès aboutisse à un verdict différent, il est manifestement dans l’intérêt public d’éviter les coûts et retards qu’entraînent des procédures supplémentaires. C’est ce que le législateur a prévu. [par. 46]

L’accent est nécessairement mis sur les mots « aucune possibilité réaliste qu’un nouveau procès aboutisse à un verdict différent ». Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code* reflète expressément la préoccupation du législateur au sujet du risque qu’un « tort important ou [une] erreur judiciaire grave » se produise, et cette préoccupation est au cœur même de toute méthode valable d’interprétation de la disposition.

[25] Dans des arrêts plus récents, la Cour a précisé l’interprétation du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* en limitant généralement son application aux cas où la preuve contre un accusé est *accablante* ou aux cas où il est possible d’affirmer avec certitude que l’erreur de droit était *inoffensive* puisqu’elle n’aurait pu avoir aucune incidence sur le verdict : *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 28-31; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34-36. Le ministère public ne prétend pas que la disposition réparatrice devrait être appliquée parce que la preuve contre les accusés était accablante. Pour avoir gain de cause, il doit donc établir que l’erreur de droit commise par le juge de première instance était inoffensive.

[26] Le juge Moldaver affirme que la précision de notre Cour est une [TRADUCTION] « approche [. . .] de compartimentation » et il préconise l’adoption d’une approche plus « globale », soit en examinant le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* dans son ensemble plutôt qu’en analysant les diverses composantes. Selon lui, il faudrait par la même occasion alléger le fardeau du ministère public afin qu’il ne soit plus tenu de présenter contre l’accusé une preuve « accablante », mais seulement une « très forte » preuve, et permettre que les cours d’appel puissent tolérer des erreurs de droit qui, bien qu’elles ne soient pas « inoffensives », risquent « fort peu [. . .] [d’]influ[er] sur le résultat ». Le message est le suivant : il y a trop de nouveaux procès et des mesures doivent être prises.

[27] I accept that retrials will often impose a serious burden both on the witnesses and the public purse, as well as the courts generally, and that the outcome of a retrial will often be the same as the original trial. However, I respectfully do not agree that the burden on the Crown to avoid a retrial should be watered down. An individual charged with a serious offence (i.e. punishable by imprisonment for five years or more) has the right to a trial by jury (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 11(f)), and is ordinarily entitled to the verdict of a properly instructed jury. Experience has shown that in a case of overwhelming evidence or harmless error, the courts can safely proceed on the basis that “there is no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict” (*Jolivet*, at para. 46). Otherwise, the law should follow its course and a new trial result.

[28] It seems to me that there is a significant difference between an error of law that can be confidently dismissed as “harmless”, and an assessment that while the error is prejudicial, it is not (in the after-the-fact view of the appellate court) *so* prejudicial as to have affected the outcome. Such delicate assessments are foreign to the purpose of the curative proviso which is to avoid a retrial that would be superfluous and unnecessary but to set high the Crown’s burden of establishing those prerequisites. The same can be said for the other branch of the curative proviso. As a result, the burden of the Crown to demonstrate an “overwhelming” case or a “harmless” error of law should not be relaxed.

C. *Should a New Trial Be Ordered in This Case?*

[29] The judges in the court below were unanimous in concluding that the prosecution’s case for second degree murder was not “overwhelming”.

[27] Je reconnais que les nouveaux procès imposent souvent un lourd fardeau aux témoins, au trésor public ainsi qu’aux tribunaux en général, et que l’issue d’un nouveau procès sera souvent identique à celle du premier procès. Cependant, avec égards, je ne crois pas qu’il faille alléger le fardeau qui incombe au ministère public d’éviter les nouveaux procès. Une personne accusée d’une infraction grave (c.-à-d. une infraction punissable d’un emprisonnement de cinq ans ou plus) a droit à un procès avec jury (*Charte canadienne des droits et libertés*, al. 11f)) et a généralement droit à un verdict prononcé par un jury ayant reçu des directives appropriées. L’expérience démontre que, dans le cas d’une preuve accablante ou d’une erreur inoffensive, les tribunaux peuvent affirmer sans crainte qu’« il n’y a aucune possibilité réaliste qu’un nouveau procès aboutisse à un verdict différent » (*Jolivet*, par. 46). Autrement, le droit devrait suivre son cours et aboutir à la tenue d’un nouveau procès.

[28] Il me semble y avoir une différence importante entre une erreur de droit que l’on peut écarter en toute confiance parce qu’elle est « inoffensive », et une évaluation selon laquelle l’erreur, bien qu’elle soit préjudiciable, n’est pas (selon l’examen que fait a posteriori la cour d’appel) préjudiciable *au point* d’avoir une incidence sur le résultat. Des évaluations aussi subtiles sont étrangères à l’objet de la disposition réparatrice qui consiste à éviter un nouveau procès qui serait superflu et inutile, tout en imposant un lourd fardeau au ministère public qui doit établir ces conditions préalables. Ce raisonnement vaut aussi pour l’autre élément de la disposition réparatrice. Par conséquent, il ne convient pas d’alléger le fardeau qu’a le ministère public de démontrer que la preuve est « accablante » ou qu’une erreur de droit est « inoffensive ».

C. *Convient-il d’ordonner la tenue d’un nouveau procès en l’espèce?*

[29] Les juges de la Cour d’appel ont conclu à l’unanimité que la preuve d’un meurtre au deuxième degré qui incombait à la poursuite n’était

I agree with that conclusion. Where the learned judges differed was whether the error was harmless.

[30] Moldaver J.A. was of the view that a new trial was unnecessary, but he nevertheless acknowledged that “[t]he governing principle is that the curative proviso will generally not be available in cases where an included offence (or in this case, a lesser offence) is not left with the jury and the jury convicts of a more serious offence” (para. 137 (emphasis added)). In his view, however, the decision in *R. v. Haughton*, [1994] 3 S.C.R. 516, where the issue was the subjective foresight of the victim’s death, allows an appellate court in some circumstances to apply the curative proviso on the basis of factual findings implicit in a murder conviction where the jury is instructed on an included offence but the instruction is tainted by legal error.

[31] Whether or not implicit findings of fact can be relied on for this purpose in such a case will depend on the circumstances, as Moldaver J.A. acknowledges (para. 165). It may be possible in the case of some errors of law to “trace their effect on the verdict and ensure that they made no difference” (*Khan*, at para. 30), but I do not believe it can be done in this case. The errors referred to by the Court in *Khan* referred to cases where the “triviality of the error itself, or the lack of prejudice caused by a more serious error of law”, attracted the application of the curative proviso (*ibid.*). A failure to instruct on a viable alternative verdict falls into neither category. I agree with Doherty J.A. that “failure to afford a jury an opportunity to consider returning a verdict on an included offence, where that verdict is reasonably available, will in most circumstances constitute reversible error” (para. 87). In my view, that general rule should apply here, and the Crown’s argument to the contrary should be rejected not because of a concern that “the palatability of a potential verdict [of acquittal] may have played a role in

pas « accablante ». Je souscris à cette conclusion. Les juges ne s’entendaient pas cependant sur la question de savoir si l’erreur était inoffensive.

[30] Le juge Moldaver était d’avis que la tenue d’un nouveau procès n’était pas nécessaire, mais il a tout de même reconnu que [TRADUCTION] « [L]e principe directeur de la disposition réparatrice veut qu’elle ne sera généralement pas appliquée dans les cas où une infraction comprise (ou en l’espèce, une infraction moins grave) n’est pas soumise à l’appréciation du jury et que ce dernier déclare l’accusé coupable d’une infraction plus grave » (par. 137 (je souligne)). Toutefois, selon lui, l’arrêt *R. c. Haughton*, [1994] 3 R.C.S. 516, où la question portait sur la prévision subjective du décès de la victime, permet à une cour d’appel, dans certaines circonstances, d’appliquer la disposition réparatrice en se fondant sur les conclusions factuelles qui se dégagent de la déclaration de culpabilité pour meurtre lorsque le jury reçoit des directives concernant une infraction comprise, mais que ces directives sont entachées d’une erreur de droit.

[31] La question de savoir si les conclusions factuelles implicites peuvent être invoquées à cette fin dans un tel cas dépendra des circonstances, comme le juge Moldaver l’a reconnu (par. 165). Il peut être possible dans le cas de certaines erreurs de droit de « déterminer les incidences sur le verdict et de s’assurer qu’elles n’y avaient rien changé » (*Khan*, par. 30), mais je ne crois pas que cela puisse se faire en l’espèce. Les erreurs que relève la Cour dans *Khan* renvoient à des affaires dans lesquelles le « caractère anodin de l’erreur ou l’absence de préjudice résultant d’une erreur de droit plus grave » ont justifié l’application de la disposition réparatrice (*ibid.*). L’omission de donner au jury des directives relatives à un autre verdict valable n’entre dans ni l’une ni l’autre de ces catégories. Je suis d’accord avec le juge Doherty pour dire que [TRADUCTION] « le fait de ne pas donner au jury la possibilité de rendre un verdict relatif à l’infraction comprise, lorsque ce verdict peut raisonnablement être prononcé, constituera dans la plupart des cas une erreur donnant lieu à révision » (par. 87). À mon avis, cette règle générale s’applique en

the jury's decision" (Moldaver J.A., at para. 162), but because the jury was never presented with the option of delivering a verdict (attempted murder) that matched an important branch of the theory of the defence.

[32] The defence *did* secure significant admissions in the cross-examination of the pathologist called by the Crown, Dr. Brian Johnston, who actually performed the autopsy on the victim. He did not rule out cocaine as the sole cause of death, and he agreed that on the issue of the cause of death "reasonable pathologists could disagree" as to whether death was caused by the gunshot wound or by the effects of cocaine (A.R., vol. VIII, at p. 78).

[33] While Dr. Joel Freeman, the surgeon who operated on Noël after the shooting, was clearly of the view that death resulted from the injuries inflicted by the gunshot, he described the death as wholly unexpected:

Q. . . . [Y]ou said you'd never seen someone die from a fatal pulmonary embolism in the circumstances that existed in this case, right? That kind of circumstance?

A. That's right.

Q. In fact, it would be fair to say in your mind it's really, sort of, a freak situation that anything like this could have happened to him?

A. That's correct. [A.R., vol. IX, at p. 184]

Dr. Freeman did not participate in the autopsy.

[34] Those admissions *did* lay an evidentiary foundation for the conclusion that even if murderous intent were found to have existed, there remained a reasonable doubt on the issue of causation.

l'espèce et l'argument du ministère public à l'effet contraire devrait être rejeté non pas par crainte que [TRADUCTION] « la possibilité d'un autre verdict [l'acquiescement] a peut-être influencé la décision du jury » (le juge Moldaver, par. 162), mais parce que le jury ne s'est jamais vu offrir la possibilité de rendre un verdict (la tentative de meurtre) qui correspondait à un aspect important de la thèse de la défense.

[32] La défense *a effectivement* obtenu des admissions importantes lors du contre-interrogatoire du pathologiste assigné par le ministère public, le D^r Brian Johnston, qui a pratiqué l'autopsie sur la victime. Il n'a pas écarté la possibilité que la cocaïne soit la seule cause du décès, et il a reconnu que, pour ce qui est de la cause du décès, [TRADUCTION] « des pathologistes raisonnables pourraient ne pas s'entendre » sur la question de savoir si le décès a été causé par la blessure par balle ou par les effets de la cocaïne (d.a., vol. VIII, p. 78).

[33] Bien que le D^r Joel Freeman, le chirurgien qui a opéré M. Noël après la fusillade, était clairement d'avis que le décès était attribuable aux blessures infligées par le coup de feu, il a affirmé que le décès était tout à fait inattendu :

[TRADUCTION]

Q. . . . [V]ous avez dit que vous n'aviez jamais vu quelqu'un mourir d'une embolie pulmonaire fatale dans les circonstances de l'espèce, n'est-ce pas? Ce genre de circonstances?

R. C'est vrai.

Q. En fait, il serait juste de dire que vous estimez qu'il s'agit vraiment, plutôt, d'une bizarrerie que tout ça ait pu lui arriver?

R. Tout à fait. [d.a., vol. IX, p. 184]

Le D^r Freeman n'a pas participé à l'autopsie.

[34] Ces aveux *ont effectivement* permis de conclure par cette preuve que même s'il était jugé que les accusés avaient eu l'intention de commettre un meurtre, il restait un doute raisonnable quant au lien de causalité.

[35] It is true, as Moldaver J.A. emphasized, that in the end, the jury *did* deliver a verdict of second degree murder. However, it is not enough to say that it was open to the jury to come to a compromise verdict of manslaughter.

[36] Such a verdict would be quite wrong if, in the jury's view, the respondents acted with murderous intent, and the troubling issue was whether Noël's death was caused by their conduct. As Callinan J. observed in *Gilbert v. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414, "It is contrary to human experience that in situations in which a choice of decisions may be made, what is chosen will be unaffected by the variety of the choices offered, particularly when, as here, a particular choice was not the only or inevitable choice" (para. 101). In the present case, although the jury had the option of a verdict of manslaughter or no verdict at all, they were not provided with the choice of attempted murder which would have corresponded with an important defence argument.

[37] A related point arose in *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573. After a trial involving a charge of first degree murder against two individuals, the trial judge set out a number of plausible scenarios, but in none of them was it suggested that one of the accused (Davy) might only be guilty of manslaughter. The jury returned a verdict of second degree murder against him. Having concluded that failure to leave manslaughter with the jury was an error, McLachlin J. (as she then was), for the majority of the Court, declined to apply the curative proviso because

I am not satisfied that it is clear that a jury, properly instructed, would necessarily have returned a verdict of second degree murder against Davy. He was entitled to have the verdict of manslaughter clearly put to the jury. We cannot be certain that if this had been done,

[35] Il est vrai, comme l'a souligné le juge Moldaver, qu'en fin de compte, le jury *a* rendu un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Cependant, il ne suffit pas de dire que le jury pouvait arriver à un compromis et prononcer un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable.

[36] Il serait vraiment injustifié de rendre un tel verdict si, selon les jurés, les intimés avaient agi avec l'intention de commettre un meurtre et si la question troublante était de savoir si le décès de M. Noël avait été causé par leur conduite. Comme le juge Callinan l'a fait remarquer dans *Gilbert c. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414, [TRADUCTION] « [i] est contraire à l'expérience humaine que, dans les situations où un choix parmi des décisions peut être fait, le choix de la décision ne sera pas influencé par la variété des choix offerts, surtout quand, comme en l'espèce, un choix en particulier n'était pas le seul choix ou le choix inévitable » (par. 101). En l'espèce, bien que le jury ait eu le choix entre un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable et aucun verdict, il n'avait pas la possibilité de choisir un verdict de culpabilité de tentative de meurtre, lequel aurait correspondu à un argument important de la défense.

[37] Une question connexe a été soulevée dans l'arrêt *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573. À l'issue d'un procès sur une accusation de meurtre au premier degré intenté contre deux personnes, le juge de première instance a exposé un certain nombre de scénarios plausibles, mais dans aucun cas n'a-t-il indiqué que l'un des accusés (Davy) pourrait n'être coupable que d'homicide involontaire coupable. Le jury l'a reconnu coupable de meurtre au deuxième degré. Ayant conclu que le fait de ne pas soumettre l'homicide involontaire coupable à l'appréciation du jury était une erreur, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) rédigeant les motifs des juges majoritaires de la Cour, a refusé d'appliquer la disposition réparatrice pour les raisons suivantes :

Je ne suis pas convaincue qu'il est évident qu'un jury, ayant reçu des directives appropriées, aurait nécessairement prononcé contre Davy un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Davy avait droit à ce que la possibilité d'un verdict de culpabilité

and notwithstanding the correct instruction on murder, that the verdict might not have been different. This is, consequently, not a proper case for the application of s. 686(1)(b)(iii). [pp. 593-94]

[38] In the present case, counsel for the defence *did* request that the jury charge include an instruction on “attempted murder” — which would have been open to the jury to accept on the evidence. Though the trial judge was willing to do so initially, he declined to do so following the Crown’s objection.

[39] I do not think the trial judge’s error in failing to put to the jury the option of a lawful verdict that matched the theory of the defence and that was open to the jury on the evidence can be dismissed as “harmless” because, in the language of *Jackson*, “[w]e cannot be certain that if this had been done, and notwithstanding the correct instruction on murder, that the verdict might not have been different” (pp. 593-94). In the circumstances of the present case, it is not open to the appellate court to apply the curative proviso to remedy this mistake.

[40] The trial judge himself commented, as mentioned, that “if it turns out that attempt[ed] murder is an included offence, notwithstanding my opinion . . . , that will be a fatal error” (A.R., vol. XII, at p. 21). I believe that the trial judge was correct in that observation.

V. Disposition

[41] I would dismiss the appeal.

The reasons of Deschamps, Rothstein and Cromwell JJ. were delivered by

[42] CROMWELL J. (dissenting) — I agree with my colleague Binnie J., for the reasons he sets out, that attempted murder was an offence which ought to have been left to the jury and that we should not “water down” our approach to applying the

d’homicide involontaire coupable soit clairement soumise à l’appréciation du jury. Nous ne pouvons être certains que, si cela avait été fait et malgré l’existence des directives justes en matière de meurtre, le verdict n’aurait pas pu être différent. Il ne s’agit donc pas d’un cas où il convient d’appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii). [p. 593-594]

[38] En l’espèce, l’avocat de la défense *a* demandé que l’exposé au jury comprenne une directive sur la « tentative de meurtre » — que le jury aurait pu accepter ou non compte tenu de la preuve. Bien que le juge de première instance ait d’abord accepté de le faire, il a refusé lorsque le ministère public s’y est opposé.

[39] Je ne crois pas que l’erreur commise par le juge de première instance en refusant d’exposer à l’appréciation du jury la possibilité d’un verdict valable en droit qui correspondait à la thèse de la défense et que le jury pouvait prononcer compte tenu de la preuve puisse être considérée comme une erreur « inoffensive » car, suivant l’arrêt *Jackson*, « [n]ous ne pouvons être certains que, si cela avait été fait et malgré l’existence des directives justes en matière de meurtre, le verdict n’aurait pas pu être différent » (p. 593-594). Compte tenu des circonstances de l’espèce, la Cour d’appel ne pouvait pas appliquer la disposition réparatrice pour corriger cette erreur.

[40] Le juge de première instance lui-même a déclaré, comme je l’ai déjà signalé, que [TRADUCTION] « s’il s’avère que la tentative de meurtre est comprise dans l’infraction, malgré ce que je pense [. . .], il s’agira d’une erreur fatale » (d.a., vol. XII, p. 21). J’estime qu’il avait raison.

V. Décision

[41] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Deschamps, Rothstein et Cromwell rendus par

[42] LE JUGE CROMWELL (dissident) — Pour les raisons exposées par le juge Binnie dans ses motifs, je suis d’accord avec lui pour dire que la tentative de meurtre était une infraction que le juge du procès aurait dû soumettre au jury et que nous ne

proviso as proposed by Moldaver J.A. (as he then was) dissenting in the Court of Appeal. However, I respectfully disagree with my colleague on the application of the proviso in the circumstances of this case. No one questions that the trial judge gave the jury complete and accurate instructions on causation. The jury's verdict necessarily means that they were persuaded beyond a reasonable doubt that the gunshots caused the deceased's death. The admitted error was failing to provide instructions on attempted murder. Those instructions would only have been relevant if the jury had a doubt about causation, which, as their verdict unambiguously attests, they did not. In those circumstances, in my respectful opinion, the error clearly had no impact on the verdict. I would allow the appeal and restore the convictions entered at trial.

[43] The trial judge, by everyone's agreement, flawlessly directed the jury on the offence of murder, including the requirement that the shooting caused the deceased's death. The trial judge provided the jury with a decision tree which clearly indicated, as had the judge's instructions, that in order to convict, the jury must unanimously be of the view that the Crown had proved causation beyond a reasonable doubt (A.R., vol. XV, at p. 157). The jury deliberated for five days. They asked no questions about causation. They returned a verdict of guilty of second degree murder against both respondents. The jury's verdict of guilty of second degree murder necessarily reflected the jury's finding, beyond a reasonable doubt, that the shooting had indeed caused the deceased's death. That is the only conclusion with respect to causation that is consistent with the jury's verdict.

[44] I accept that the trial judge erred in law by failing to instruct the jury about the possible verdict of attempted murder. It was fairly available on the

devrions pas « diluer » notre approche relativement à l'application de la disposition réparatrice de la manière proposée par le juge Moldaver (maintenant juge de notre Cour), dissident en Cour d'appel. Toutefois, je ne peux me rallier à l'opinion de mon collègue quant à l'application de cette disposition dans les circonstances de l'espèce. Personne ne met en doute que le juge du procès a donné aux jurés des directives exactes et exhaustives sur la question du lien de causalité. Il ressort nécessairement du verdict rendu par les jurés que ceux-ci étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que les coups de feu avaient causé la mort du défunt. L'erreur — qui est d'ailleurs admise — est l'absence de directives concernant l'infraction de tentative de meurtre. Ces directives n'auraient cependant été pertinentes que si le jury avait eu un doute à l'égard du lien de causalité, ce qui n'est pas le cas, comme en témoigne de façon non équivoque son verdict. À mon humble avis, dans ces circonstances l'erreur en cause n'a manifestement eu aucune incidence sur le verdict. J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais les déclarations de culpabilité inscrites au procès.

[43] De l'avis de tous, le juge du procès a donné au jury des directives impeccables au sujet de l'infraction de meurtre, y compris quant à l'exigence que la mort du défunt ait été causée par les coups de feu. Il a soumis au jury une fourchette de décisions qui, tout comme ses directives, indiquaient clairement que pour prononcer un verdict de culpabilité les jurés devaient être unanimement d'avis que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence du lien de causalité (d.a., vol. XV, p. 157). Les jurés ont délibéré pendant cinq jours. Ils n'ont posé aucune question au sujet du lien de causalité. Ils ont rendu un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré contre les deux intimés. Ce verdict reflète nécessairement leur conclusion — tirée hors de tout doute raisonnable — que les coups de feu ont bel et bien causé la mort du défunt. En ce qui concerne le lien de causalité, c'est la seule conclusion qui soit compatible avec le verdict du jury.

[44] Je reconnais que le juge du procès a commis une erreur de droit en ne précisant pas au jury dans ses directives qu'il pouvait rendre un verdict de

evidence. The Crown has not pressed the rather technical argument that ultimately persuaded the trial judge that he could not leave that option with the jury. The question is whether the Crown has discharged its burden to show that this error, which is not a minor one viewed in the abstract, in fact had no impact on the verdict: *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 30.

[45] As noted, it is not suggested that the jury was misdirected on the issue of causation or reasonable doubt or anything else for that matter. In the event that the jury had not been persuaded beyond a reasonable doubt on the issue of causation, attempted murder would have been a possible verdict for them to consider. However, the jury's verdict is inconsistent with that possibility. In my respectful view, the trial judge's failure to give directions on the offence of attempted murder could not possibly have had any effect on the outcome of this trial, and it may safely be said that this omission occasioned no substantial wrong or miscarriage of justice.

[46] The jury's findings may be considered in assessing the impact of an error. Of course, care must be taken in doing so. Findings that might have been influenced by an error cannot be relied on, for example. However, it is clearly the case that the jury's findings, to the extent that they could not have been affected by any error, may be considered and given weight in assessing whether the error could possibly have affected the result.

[47] *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, is an example. There, the Crown had indicated an intention to call a witness and then had failed to do so. The trial judge erred by refusing to allow defence counsel to comment on this in his closing address to the jury. The Court applied the proviso. The conviction, the Court reasoned, showed

tentative de meurtre. Compte tenu de la preuve, il leur était certainement loisible de prononcer un tel verdict. Le ministère public n'a pas insisté sur l'argument plutôt technique qui a en définitive convaincu le juge du procès qu'il ne pouvait pas soumettre ce verdict au jury. La question consiste à se demander si le ministère public s'est acquitté de son obligation de démontrer que cette erreur qui, considérée dans l'abstrait, n'est pas sans importance, n'a dans les faits toutefois eu aucune incidence sur le verdict : *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 30.

[45] Comme je l'ai souligné plus tôt, personne ne prétend que le jury a reçu des directives erronées sur la question du lien de causalité, sur celle du doute raisonnable ni d'ailleurs sur quelque autre question que ce soit. Si le jury n'avait pas été convaincu hors de tout doute raisonnable à l'égard de la question du lien de causalité, il lui aurait été possible d'envisager le verdict de tentative de meurtre. Toutefois, le verdict qu'il a rendu ne cadre pas avec cette possibilité. À mon humble avis, l'omission du juge de première instance de donner des directives sur l'infraction de tentative de meurtre ne peut pas vraiment avoir eu quelque incidence sur l'issue du procès et on peut, sans risque de se tromper, affirmer que cette omission n'a causé aucun tort important ni aucune erreur judiciaire grave.

[46] Les conclusions du jury peuvent être prises en compte pour apprécier l'incidence d'une erreur. Il faut évidemment faire montre de prudence dans un tel cas. Par exemple, on ne saurait retenir des conclusions qui ont pu être influencées par une erreur. Toutefois, il est clair que, dans la mesure où les conclusions tirées par le jury n'ont été affectées par aucune erreur, il est permis de les considérer et de leur accorder de l'importance pour décider si l'erreur a pu influencer sur le résultat.

[47] L'arrêt *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, est un exemple d'une telle situation. Dans cette affaire, le ministère public avait indiqué son intention d'assigner un témoin, mais ne l'a pas fait. Le juge du procès a commis une erreur en refusant d'autoriser l'avocat de la défense à commenter ce point dans son exposé final au jury. Notre Cour

that the jury must have accepted one witness's uncorroborated evidence. It followed that depriving defence counsel of the right to comment on the omitted witness could not reasonably be thought to have affected the result. Thus, in applying the proviso in that case, the Court looked to the conclusions necessarily reached by the jury as reflected in their verdict and used those conclusions to assess whether there was any reasonable possibility that the verdict would have been different had the error not been made.

[48] The present case, in my view, is an even stronger one for following this approach. We are not here engaged, as the Court was in *Jolivet*, in trying to predict what effect a particular line of argument might have had on the jury's assessment of a witness's credibility. Here, the task of assessing the impact of the error is much more straightforward: the failure to instruct on attempted murder could have had no effect, given that a properly instructed jury found that causation had been proved beyond a reasonable doubt. Proof of causation made the instructions on attempted murder legally and factually irrelevant to the jury's deliberations. I would add that there was nothing that emerged during the jury's deliberations to detract from this view. The jury deliberated for five days and asked some questions, but they did not raise any question about causation.

[49] Wrong instructions or the omission of required instructions may have an impact on a jury's other findings and, as I noted earlier, that will make it inappropriate to rely on those findings in applying the proviso. *R. v. Jackson*, [1993] 4 S.C.R. 573, is an example. The trial judge erred by not telling the jury that the accused Davy could be found guilty of manslaughter as a party to the offence even if they convicted his co-accused Jackson of murder. The trial judge in

a appliqué la disposition réparatrice, raisonnant qu'il ressortait de la déclaration de culpabilité que le jury devait avoir retenu le témoignage non corroboré d'un témoin. Il s'ensuivait qu'on ne pouvait raisonnablement considérer que le fait d'avoir privé l'avocat de la défense du droit de commenter l'absence du témoin avait influencé l'issue du procès. Par conséquent, en appliquant la disposition réparatrice dans cette affaire, la Cour a pris en considération les conclusions qu'avait nécessairement tirées le jury, compte tenu de son verdict, et elle s'en est servie pour déterminer s'il existait une possibilité raisonnable qu'un verdict différent aurait été rendu n'eût été l'erreur.

[48] Selon moi, nous sommes en présence d'un cas où l'application de cette approche se justifie encore davantage. En effet, nous ne tentons pas, comme le faisait la Cour dans *Jolivet*, de déterminer quel effet un argument donné aurait pu avoir sur l'appréciation, par le jury, de la crédibilité d'un témoin. En l'espèce, l'appréciation de l'impact de l'erreur est beaucoup plus simple : l'omission de donner des directives sur l'infraction de tentative de meurtre n'a pas pu avoir d'incidence, puisque le jury — qui avait par ailleurs reçu des directives appropriées — a conclu que le lien de causalité avait été prouvé hors de tout doute raisonnable. En raison de cette preuve, les directives concernant l'infraction de tentative de meurtre n'étaient pas pertinentes, juridiquement et factuellement, pour les délibérations du jury. J'ajouterais qu'il n'est rien survenu durant les délibérations du jury qui vienne contredire cette opinion. Le jury a délibéré pendant cinq jours et il a effectivement posé un certain nombre de questions, mais aucune ne portait sur le lien de causalité.

[49] Il est possible que le fait de donner des directives erronées ou d'omettre de donner des directives requises ait une incidence sur les conclusions du jury sur une autre question, auquel cas, comme je l'ai indiqué précédemment, il ne convient pas de se fonder sur de telles conclusions pour décider de l'application de la disposition réparatrice. L'arrêt *R. c. Jackson*, [1993] 4 R.C.S. 573, constitue un exemple de ce genre de situation. Dans cette affaire, le juge du procès

fact instructed the jury that “[a]ll parties to the offence are equally guilty” and expressed the view that it was “unlikely” that Davy could be guilty of manslaughter (pp. 588 and 590). Thus, the trial judge not only failed to tell the jury that Davy could be guilty of manslaughter even if they found Jackson guilty of murder, but, in addition, the judge’s instructions could well have led the jury to believe the opposite. These instructions tainted Davy’s conviction for murder. In those circumstances, it was not an answer to the erroneous instructions to say that the jury had convicted Davy of murder. They had been misdirected on that offence by the judge’s instructions that all parties to the offence are equally guilty (pp. 592-93). The error could not therefore be treated as harmless with respect to the conviction for murder.

[50] I acknowledge that there is authority from the highest courts of Australia and the United Kingdom to the effect that failure to instruct on manslaughter will almost always be fatal to a conviction for murder, even when the instructions on the offence of murder were impeccable: see, e.g., *Gilbert v. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *Bullard v. The Queen*, [1957] A.C. 635 (P.C.); *R. v. Coutts*, [2006] UKHL 39, [2006] 4 All E.R. 353. This Court has on at least one occasion referred with approval to this approach: *Jackson*, at p. 593. However, my respectful view is that the reasoning underlying this approach is inconsistent and faulty and should not be followed, especially when the issue before the jury does not involve the difficult distinction between the mental states for murder and manslaughter.

avait commis une erreur en ne disant pas aux jurés qu’ils pouvaient déclarer l’accusé Davy coupable d’homicide involontaire coupable en tant que participant à l’infraction, même s’ils déclaraient son coaccusé Jackson coupable de meurtre. Dans ses directives aux jurés, le juge leur a en fait dit que « [t]ous les participants à l’infraction sont coupables au même titre » et il a exprimé l’avis qu’il était « peu probable » que Davy soit coupable d’homicide involontaire coupable (p. 588 et 590). Par conséquent, le juge avait non seulement omis de dire aux jurés qu’ils pouvaient déclarer Davy coupable d’homicide involontaire coupable, et ce, même s’ils déclaraient Jackson coupable de meurtre, mais, de surcroît, ses directives ont très bien pu amener le jury à conclure le contraire. Ces directives ont entaché la déclaration de culpabilité pour meurtre prononcée contre Davy. Dans ces circonstances, on ne pouvait défendre les directives erronées en affirmant que les jurés avaient déclaré Davy coupable de meurtre. Ceux-ci avaient reçu du juge, à l’égard de cette infraction, des directives erronées affirmant que tous les participants à l’infraction étaient coupables au même titre (p. 592-593). L’erreur ne pouvait donc pas être traitée comme étant sans gravité quant à la déclaration de culpabilité pour meurtre.

[50] Je reconnais qu’il ressort d’arrêts émanant des plus hauts tribunaux de l’Australie et du Royaume-Uni que l’omission de donner des directives sur l’infraction d’homicide involontaire coupable est presque toujours fatale à une déclaration de culpabilité pour meurtre, même lorsque les directives données à l’égard de cette infraction étaient impeccables : voir, p. ex., *Gilbert c. The Queen*, [2000] HCA 15, 201 C.L.R. 414; *Bullard c. The Queen*, [1957] A.C. 635 (C.P.); *R. c. Coutts*, [2006] UKHL 39, [2006] 4 All E.R. 353. À au moins une occasion, notre Cour s’est référée à cette approche en l’approuvant : *Jackson*, p. 593. Toutefois, j’estime que le raisonnement qui la sous-tend est illogique et erroné et ne devrait pas être suivi, particulièrement dans les cas où la question soumise au jury ne soulève pas la difficile distinction entre l’élément psychologique requis à l’égard de l’infraction de meurtre et celui exigé à l’égard de l’homicide involontaire coupable.

[51] To begin, while the results of this line of authority are consistent, the reasoning underlying it is not. One explanation as to why the jury's finding should not be given weight is that "a jury room might not be a place of undeviating intellectual and logical rigour": *Gilbert, per Callinan J.*, at para. 96. Thus, absent knowledge about the possibility of conviction for a lesser offence, the jury may have convicted "out of a reluctance to see the defendant get clean away with what, on any view, was disgraceful conduct": *R. v. Maxwell* (1990), 91 Cr. App. R. 61 (H.L.), at p. 68. As Moldaver J.A. put it in his dissenting reasons in the present case, "the palatability of a potential verdict may have played a role in the jury's decision": 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, at para. 162.

[52] Doherty J.A., writing for a majority of the Court of Appeal in the present case, adopted a version of this reasoning. He held that the error was significant because "a jury's fact-finding on a specific issue such as causation could be subconsciously influenced by what it is told about the legal consequences of that fact-finding" (para. 94 (emphasis added)). This seems to me to be, in essence, the point that the jury might be reluctant to see the accused "get clean away". While Doherty J.A. did "not suggest that the jury was in fact influenced by what it was told about the consequences of its fact-finding on the causation issue", he maintained that "there is sufficient uncertainty as to whether the jury's fact-finding on the question of causation was tainted by the non-direction on attempted murder" (para. 96).

[53] Respectfully, this is an elegantly understated way of expressing what to me is an unacceptable

[51] Tout d'abord, bien que dans ces précédents le résultat soit le même, le raisonnement qui le supporte ne l'est pas. Une raison qui a déjà été invoquée afin d'expliquer pourquoi il ne faut pas accorder de poids à la conclusion du jury serait que [TRADUCTION] « la salle de délibération du jury n'est peut-être pas un lieu où règne une rigueur logique et intellectuelle implacable » : *Gilbert*, le juge Callinan, par. 96. Par conséquent, ne sachant pas qu'ils pouvaient prononcer un verdict de culpabilité à l'égard d'une infraction moindre, les jurés ont peut-être conclu à la culpabilité [TRADUCTION] « de crainte de voir le défendeur s'en tirer complètement malgré une conduite qui, indépendamment du point de vue, était scandaleuse » : *R. c. Maxwell* (1990), 91 Cr. App. R. 61 (H.L.), p. 68. Comme l'a affirmé en l'espèce le juge Moldaver de la Cour d'appel dans ses motifs dissidents, [TRADUCTION] « la possibilité d'un autre verdict a peut-être influencé la décision du jury » : 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, par. 162.

[52] Rédigeant l'opinion de la majorité de la Cour d'appel dans le cas qui nous occupe, le juge Doherty a adopté une version de ce raisonnement. Il a conclu que l'erreur était importante, parce que [TRADUCTION] « l'appréciation des faits par les jurés sur une question précise, tel le lien de causalité, pourrait être inconsciemment influencée par ce qu'on leur a dit à propos des conséquences juridiques de cette appréciation des faits » (par. 94 (je souligne)). Essentiellement, cela me semble correspondre à l'argument voulant que le jury puisse craindre de voir l'accusé « s'en tirer complètement ». Bien que le juge Doherty « ne prétend[e] pas que le jury a effectivement été influencé par ce qu'on lui a dit à propos des conséquences de son appréciation des faits relativement à la question du lien de causalité », il a affirmé qu'« il exist[ait] suffisamment d'incertitude pour ce qui est de savoir si l'appréciation des faits par le jury relativement à la question du lien de causalité a[vait] été entachée par l'absence de directives à propos de l'infraction de tentative de meurtre » (par. 96).

[53] Avec égards pour l'opinion du juge Doherty, il s'agit d'une façon élégamment réductrice de

proposition: appellate courts should assume that a jury might relax the standard of proof of causation because the alternative would be to let the accused walk. I cannot agree, on such speculative grounds, to set aside a jury verdict of 12 citizens who are presumed to have honoured their oath and who received impeccable legal instructions on the very issue in contention.

[54] If this reasoning is accepted, where might the risk of this sort of “subconscious” influence stop? Perhaps it could “taint” the jury’s consideration of the issue of identification. After all, if the jury were not sure beyond a reasonable doubt that the respondents were the perpetrators, a horrible crime might go unpunished. Perhaps the jury “subconsciously” allowed that to influence their assessment of the identification evidence. Might it have “tainted” the jury’s consideration of the accomplice’s role? Did it colour their consideration of the question of intention? This sort of speculation at the jury’s expense has no basis in fact and necessarily imputes to the jurors — and all 12 of them at that — a “subconscious” failure to fulfill their sworn duty.

[55] A second approach taken in these authorities is simply to assert that the trial judge’s failure to give legal instructions on an available lesser, alternative verdict that should have been left with the jury is an injustice: see, e.g., *Coutts*, per Lord Hutton, at paras. 56 and 61. This approach is not based on an assumption that the jury may have chosen perhaps subconsciously to ignore the instructions they were given in order to avoid an unpalatable verdict. Respectfully, however, this second line of reasoning is simply the assertion of a conclusion that the omitted instruction gave rise to an injustice. It does not explain why the jury’s unambiguous finding, which, as a matter of law and logic, is untainted by error, cannot be relied on

formuler une proposition selon moi inacceptable, à savoir que les tribunaux d’appel devraient présumer qu’un jury a pu assouplir la norme de preuve applicable à l’égard du lien de causalité, parce que la seule autre possibilité qui s’offrait à lui était de laisser l’accusé s’en tirer. Je ne puis accepter, sur la base de telles conjectures, d’écarter le verdict rendu par un jury de 12 personnes qui sont présumées avoir respecté leur serment et qui ont reçu des directives juridiques impeccables sur la question même qui était en litige.

[54] Si on souscrivait à ce raisonnement, où s’arrêterait le risque de ce genre d’influence « inconsciente »? Cette influence pourrait peut-être « entacher » l’examen par le jury de la question de l’identification. Après tout, si le jury n’était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que les intimés étaient les auteurs du crime, un crime horrible pouvait rester impuni. Peut-être que le jury a « inconsciemment » laissé cette considération influencer son appréciation de la preuve d’identification. Cette influence a-t-elle pu « entacher » son examen du rôle du complice? A-t-elle affecté son examen de la question de l’intention? Ce genre de conjectures aux dépens du jury ne repose sur aucune assise factuelle et impute nécessairement au jury — et à chacun de ses 12 membres d’ailleurs — le fait d’avoir omis de façon « inconsciente » de s’acquitter de leur devoir solennel.

[55] Une deuxième approche adoptée dans ces précédents consiste tout simplement à affirmer que constitue une injustice le fait pour le juge du procès d’omettre de donner au jury des directives juridiques concernant un autre verdict possible, qui devait lui être soumis et portait sur une infraction moins grave : voir, p. ex., *Coutts*, le lord Hutton, par. 56 et 61. Cette approche ne repose pas sur l’hypothèse que les jurés ont pu décider, inconsciemment peut-être, de faire abstraction des directives qui leur ont été données afin d’éviter de rendre un verdict qui leur était inacceptable. En toute déférence, ce deuxième raisonnement revient simplement à énoncer la conclusion que l’omission de formuler les directives requises a causé une

to show, in the particular circumstances, that the omission or misdirection was harmless.

[56] In my respectful view, this sort of reasoning rests on either speculation at the jury's expense or the simple assertion of a conclusion.

[57] I also am of the view that there is a risk of extending this line of cases which, for the most part, dealt with murder convictions where manslaughter was a live possibility on the evidence at trial but was not left with the jury or was left in an erroneous way. In such cases, there will often be at least some articulable basis to think that a proper charge on manslaughter might have helped the jury to understand the rather subtle but important differences between the mental elements of that offence and murder. Of course, in this case, it cannot be suggested (and was not) that a proper charge on attempted murder could have assisted the jury's comprehension of the law of causation. Nothing about the legal elements of the offence of attempted murder could possibly have assisted the jury's understanding of the requirement that the Crown establish causation beyond a reasonable doubt.

[58] One is therefore left with the speculative chance of some "subconscious" effect prompted by the jury's supposed reluctance to acquit the respondents or the simple assertion that failure to give the omitted instruction generally constitutes an injustice. I respectfully cannot accept either approach. The first relies on speculation that in my respectful view is wrong in law, wrong as a matter of policy and insufficiently respectful of

injustice. Il n'explique pas pourquoi la conclusion non équivoque tirée par le jury — conclusion qui, tant sur le plan du droit que de la logique, n'est entachée d'aucune erreur — ne peut être invoquée pour démontrer, dans les circonstances de l'espèce, que l'omission de donner des directives ou la formulation de directives erronées n'a entraîné aucune conséquence.

[56] À mon humble avis, ce genre de raisonnement repose soit sur des conjectures faites aux dépens du jury, soit sur la simple énonciation d'une conclusion.

[57] J'estime également qu'il y a un risque à élargir l'application de ces précédents qui, pour la plupart, portaient sur des déclarations de culpabilité pour meurtre, dans des cas où, eu égard à la preuve présentée au procès, un verdict de culpabilité pour homicide involontaire constituait une possibilité réelle, mais n'avait toutefois pas été soumis au jury ou l'avait été de façon erronée. Dans de telles situations, il existera souvent au moins quelques raisons énonçables de croire que la formulation de directives adéquates sur l'infraction d'homicide involontaire coupable aurait pu aider le jury à comprendre les différences — assez subtiles mais néanmoins importantes — entre l'élément psychologique de cette infraction et celui requis à l'égard du meurtre. Bien sûr, dans la présente affaire on ne saurait prétendre (et on ne l'a d'ailleurs pas fait) que des directives adéquates au sujet de l'accusation de tentative de meurtre auraient pu aider le jury à comprendre le droit relatif au lien de causalité. Rien dans les éléments juridiques de l'infraction de tentative de meurtre n'aurait pu vraiment aider le jury à saisir l'obligation qu'a le ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable l'existence d'un lien de causalité.

[58] Il ne reste donc plus que l'hypothétique possibilité d'un quelconque effet « inconscient » suscité par la supposée réticence du jury à acquitter les intimés ou encore la simple affirmation que l'omission de donner des directives à propos de la tentative de meurtre constitue d'ordinaire une injustice. Je ne puis souscrire à l'une ou l'autre de ces approches. La première repose sur des conjectures qui, à mon humble avis, sont erronées

the jury's efforts over five days of deliberations to reach a true verdict. The second approach in these authorities in my respectful view is unsupported by logic or principle.

[59] In short, my view is that the Crown has discharged its burden to show that if the legal error here — the failure to instruct on attempted murder — had not been made, the result would inevitably have been the same. The issue is not whether the evidence of guilt was “overwhelming”. It was not. The issue is whether there was any reasonable possibility that the error could have had any impact on the verdict. The jury's verdict in the circumstances of this case shows that there was not.

[60] I would allow the appeal and restore the jury's verdicts at trial.

Appeal dismissed, DESCHAMPS, ROTHSTEIN and CROMWELL JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent Robert Sarrazin: Russell Silverstein & Associate, Toronto.

Solicitors for the respondent Darlind Jean: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

tant sur le plan du droit que des politiques générales, et qui ne respectent pas suffisamment les efforts qu'a déployés le jury, pendant ses cinq jours de délibération, afin de rendre un verdict juste. La deuxième approche préconisée dans les précédents mentionnés plus tôt ne repose selon moi ni sur la logique ni sur des principes.

[59] En résumé, je suis d'avis que le ministère public s'est acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que, même si l'erreur de droit commise en l'espèce — à savoir l'omission de donner des directives à propos de l'infraction de tentative de meurtre — n'était pas survenue, l'issue du procès aurait inévitablement été la même. La question n'est pas de savoir si la preuve de la culpabilité était « accablante ». Elle ne l'était pas. Il s'agit plutôt de déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que l'erreur ait pu avoir quelque incidence sur le verdict. Il ressort du verdict rendu par le jury dans les circonstances de l'espèce que cette erreur n'a eu aucune incidence.

[60] J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais les verdicts rendus par le jury au procès.

Pourvoi rejeté, les juges DESCHAMPS, ROTHSTEIN et CROMWELL sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé Robert Sarrazin : Russell Silverstein & Associate, Toronto.

Procureurs de l'intimé Darlind Jean : Lockyer Campbell Posner, Toronto.