

Léo Vézeau *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1975: November 26; 1976: April 1.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Evidence — Alibi defence — Failure of accused to testify — Instructions to the jury — Mention by judge that no conclusion unfavourable to the accused may be drawn from his failure to testify — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 4(5).

Appeal — Acquittal at trial — Error of law — New trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 613(1), (4), 618(2).

The appellant, who was charged with non-capital murder, was tried before a judge and jury, and was acquitted. He presented an alibi defence at the trial but did not testify himself. In giving his instructions to the jury the judge said that they could not draw any conclusion unfavourable to the accused from the fact that he had not testified. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, which was based on the contention that this instruction constituted an error of law, and ordered a new trial. Hence the appeal to this Court.

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

Per Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz and de Grandpré JJ.: Although s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* provides that the failure of a person charged to testify shall not be made the subject of comment by the judge, it does not authorize a trial judge to direct a jury that they cannot draw their own conclusions from the fact that the accused did not testify. In fact it is open to a jury to draw a logical inference from the failure of the accused to testify, particularly in a case in which it is sought to establish an alibi. Accordingly the trial judge's direction constituted an error of law and justified the appeal.

Section 613(4) of the *Criminal Code*, which deals with the powers of the court of appeal on an appeal from an acquittal, contains no provision similar to s. 613(1), which states that where there is an appeal against a conviction, the court of appeal may dismiss the appeal notwithstanding that it is of the opinion that

Léo Vézeau *Appellant*;

et

Sa Majesté la Reine *Intimée*.

1975: le 26 novembre; 1976: le 1^{er} avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Défense d'alibi — Abstention de l'accusé de témoigner — Directives au jury — Mention par le juge qu'aucune conclusion défavorable à l'accusé ne peut être tirée de cette abstention — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, c. E-10, art. 4(5).

Appel — Acquiescement au procès — Erreur de droit — Nouveau procès ordonné — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 613(1), (4), 618(2).

L'appellant, accusé d'un meurtre non qualifié, a subi son procès devant un juge et un jury et il a été acquitté. Au procès, il a présenté une défense d'alibi mais il n'a pas lui-même témoigné. En donnant ses directives, le juge a dit aux jurés qu'ils ne pouvaient tirer aucune conclusion défavorable à l'accusé du fait que celui-ci n'avait pas témoigné. La Cour d'appel a accueilli la prétention du ministère public, savoir que cette directive constituait une erreur de droit, et ordonné un nouveau procès. D'où le pourvoi de l'accusé devant cette Cour.

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

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz et de Grandpré: Même si le par. (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* porte que l'abstention d'un accusé de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge, il n'autorise pas le juge du procès à dire aux jurés qu'ils ne peuvent tirer leurs propres conclusions du fait que l'accusé n'a pas témoigné. Effectivement, il est loisible aux jurés de tirer une conclusion logique de l'abstention de l'accusé, notamment lorsqu'on cherche à établir un alibi. La directive du juge du procès constituait donc une erreur de droit et justifiait l'appel.

Le paragraphe (4) de l'art. 613 du *Code criminel*, qui porte sur les pouvoirs de la cour d'appel quand un appel est interjeté d'un acquiescement, ne contient pas de disposition semblable au par. (1) de l'art. 613, savoir que la cour d'appel, quand un appel est interjeté d'une déclaration de culpabilité, peut le rejeter si elle est d'avis

there has been a wrong decision of law in the trial court, if the court is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred. However, this Court has already recognized that, in an appeal from a verdict of acquittal, there were grounds for applying the test defined in *White* [1947] S.C.R. 268, and that it was the duty of the Crown to satisfy the Court that the verdict would not necessarily have been the same if the trial judge had properly directed the jury. The Crown fulfilled its duty in the case at bar: the failure of an accused person, who relies upon an alibi, to testify and thus to submit himself to cross-examination is a matter of importance in considering the validity of that defence. The jury, in this case, was instructed that they could not take that fact into account.

Per Laskin C.J. and Dickson J., dissenting: There may have been error in telling the jury they could not draw an unfavourable inference from failure to testify. However, although this error was prejudicial to the Crown, it was not such as to warrant a new trial, unless the Crown could satisfy the Court with a substantial degree of certainty that the jury would necessarily have convicted the accused in the absence of the offending words. An examination of the evidence in the case at bar does not allow us to reach any such conclusion. If the case turned only on alibi, the appeal would have to be dismissed, but this does not obtain. Alibi was a secondary defence, primarily the case for the accused rested upon the frailty of the evidence of identification. The evidence was far from strong and positive and it is not surprising that after hearing it the jury entertained a reasonable doubt as to appellant's guilt. It is by no means evident that this short sentence buried in a charge extending through twenty-eight pages of transcript may have changed the jury's verdict had it not been spoken.

[*White v. R.*, [1947] S.C.R. 268; *R. v. Gauthier*, [1977] 1 S.C.R. 441, followed; *R. v. Comba* (1938), 70 C.C.C. 205; *Coffin v. R.* (1955), 21 C.R. 333; *Corbett v. R.*, [1975] 2 S.C.R. 275; *McConnell and Beer v. R.*, [1968] S.C.R. 802; *Avon v. R.*, [1971] S.C.R. 650; *R. v. Paquette* (1975), 19 C.C.C. (2d) 154, referred to.]

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec¹, quashing a verdict of acquittal handed down by a jury and ordering a new trial. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Dickson J. dissenting.

¹ [1971] C.A. 682, 15 C.N.R.S. 336.

qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit, bien qu'elle estime que la cour de première instance ait commis une erreur de droit. Toutefois, cette Cour a déjà reconnu que, dans un appel d'un verdict d'acquittal, il y avait lieu d'appliquer le critère défini dans l'arrêt *White*, [1947] R.C.S. 268, et qu'il incombait au ministère public de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge du procès avait correctement donné ses directives au jury. En l'espèce, le ministère public a rempli son obligation: le fait qu'un accusé, qui invoque un alibi, s'abstienne de témoigner et de se soumettre ainsi à un contre-interrogatoire est une question importante pour déterminer la valeur de son moyen de défense et on avait dit au jury qu'il ne pouvait tenir compte de ce fait.

Le juge en chef Laskin et le juge Dickson, dissidents: Le juge a peut-être commis une erreur en disant au jury qu'il ne pouvait tirer aucune conclusion défavorable à l'accusé de son abstention de témoigner. Toutefois, même si cette erreur était préjudiciable au ministère public, elle ne suffit pas à justifier un nouveau procès, à moins que le ministère public puisse convaincre la Cour que le jury aurait très probablement déclaré l'accusé coupable si les mots attaqués n'avaient pas été prononcés. En l'espèce, l'examen de la preuve ne permet pas d'en arriver à pareille conclusion. Si l'issue de cette affaire dépendait seulement de l'alibi, il faudrait rejeter ce pourvoi, mais ce n'est pas le cas. L'alibi est une défense accessoire et la défense de l'accusé reposait essentiellement sur la faiblesse de la preuve afférente à l'identification. Cette preuve était loin d'être forte et positive et il n'est pas surprenant que le jury, après l'avoir entendue, ait eu un doute raisonnable sur la culpabilité de l'appelant. Il n'est aucunement évident que cette courte phrase perdue dans les 28 pages de transcription des directives ait pu changé le verdict du jury si elle n'avait pas été prononcée.

[Arrêts suivis: *White c. R.*, [1947] R.C.S. 268; *R. c. Gauthier*, [1977] 1 R.C.S. 441; arrêts mentionnés: *R. v. Comba* (1938), 70 C.C.C. 205; *Coffin v. R.* (1955), 21 C.R. 333; *Corbett c. R.*, [1975] 2 R.C.S. 275; *McConnell et Beer c. R.*, [1968] R.C.S. 802; *Avon c. R.*, [1971] R.C.S. 650; *R. v. Paquette* (1975), 19 C.C.C. (2d) 154.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec¹ qui a cassé un verdict d'acquittal prononcé par un jury et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et le juge Dickson étant dissidents.

¹ [1971] C.A. 682, 15 C.R.N.S. 336.

Lawrence Corriveau, Q.C., for the appellant.

François Tremblay, for the respondent.

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

DICKSON J. (*dissenting*)—The appellant Vézeau was acquitted on a charge of non-capital murder after a five-day trial before Mr. Justice Marcel Crête and jury at the City of Quebec. The Crown appealed the verdict. The Court of Appeal for Quebec unanimously allowed the appeal and ordered a new trial. The appeal comes before this Court pursuant to s. 618(2)(a) of the *Criminal Code* which gives a person who is acquitted of an indictable offence and whose acquittal is set aside by the Court of Appeal a right to appeal to the Supreme Court of Canada on a question of law.

The accused was charged with the murder of Roland Huard on October 2, 1969. The murder occurred in a Quebec restaurant, "L'Oasis", in Quebec City. Huard was shot to death. The appeal and the new trial rest upon consideration of the effect of the following passage in the judge's charge to the jury:

[TRANSLATION] After you were sworn in as jurors, I pointed out to you that in our criminal law, the accused before the Court is presumed to be innocent. Not only must the Crown prove the accused guilty beyond all reasonable doubt, but the accused himself does not have to establish his innocence. Neither is he required to testify in his own defence. In this case the accused did not testify. You may not draw from this fact any conclusion unfavourable to the accused.

Section 4(1) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 provides that every person charged with an offence is a competent witness for the defence. Subsection (5) of the same section provides that the failure of the person charged to testify shall not be the subject of comment by the judge or by counsel for the prosecution. The purpose of this latter subsection is not obscure. An accused person enjoys the presumption of innocence, and the burden of proof beyond reasonable doubt rests upon the prosecution from the begin-

Lawrence Corriveau, c.r., pour l'appellant.

François Tremblay, pour l'intimée.

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

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—L'appellant Vézeau a été acquitté d'une accusation de meurtre non qualifié après un procès qui a duré cinq jours, devant M. le juge Marcel Crête et un jury, dans la ville de Québec. Le ministère public a interjeté appel du verdict. La Cour d'appel du Québec a unanimement accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. Le pourvoi est interjeté devant cette Cour conformément à l'al. a) du par. (2) de l'art. 618 du *Code criminel*, qui donne à une personne déchargée de l'accusation d'un acte criminel et dont l'acquittement est annulé par la Cour d'appel le droit d'interjeter appel devant la Cour suprême du Canada sur une question de droit.

L'accusé a été inculpé du meurtre de Roland Huard, abattu le 2 octobre 1969 dans un restaurant de la ville de Québec appelé «L'Oasis». L'issue du pourvoi et la tenue d'un nouveau procès dépendent de l'effet qu'a pu avoir l'extrait suivant des directives du juge au jury:

Après votre assermentation comme jurés, je vous ai indiqué que, dans notre droit criminel, l'accusé qui est devant la cour est présumé innocent. Non seulement la Couronne a-t-elle l'obligation de prouver la culpabilité de cet accusé hors de tout doute raisonnable, mais l'accusé, lui, n'a pas à établir son innocence il n'a pas non plus l'obligation d'offrir son témoignage pour sa défense. Ici, comme dans ce cas-ci, l'accusé n'a pas témoigné. Vous ne pouvez pas tirer de ce fait aucune conclusion défavorable à l'accusé.

Le paragraphe (1) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10, porte que toute personne accusée d'infraction est habile à rendre témoignage pour la défense. Le paragraphe (5) du même article porte que l'abstention de la personne accusée de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat de la poursuite. La raison d'être de ce dernier paragraphe est très claire. L'accusé bénéficie d'une présomption d'innocence et le fardeau de la preuve de sa culpabilité au-delà de tout doute raisonnable

ning to the end of the trial. The jury is so instructed in every jury trial involving a criminal charge. Comment upon the failure of the accused to testify might tend to defeat these jural safeguards. As Mr. Justice Ritchie said in *McConnell and Beer v. The Queen*²:

I think it is to be assumed that the section in question was enacted for the protection of accused persons against the danger of having their right not to testify presented to the jury in such fashion as to suggest that their silence is being used as a cloak for their guilt.

In *McConnell and Beer v. The Queen* the trial judge, in recharging the jury, said:

Gentlemen of the Jury, it was pointed out that in the course of my charge to you I stated that you did not have to accept the explanations of the accused because those explanations were not made under oath. You are not to take it from that that there is any onus upon the accused to prove their innocence by going into the witness box and testifying in their defence. There is no such onus on these or any accused persons in any criminal trial of proving their innocence by going into the witness box and testifying in their own defence. You are not to be influenced in your decision by either of the accused not going into the witness box and testifying, but the Court does point out that these explanations were given and when made were not made under oath and it is not only for that reason alone but for any other number of reasons that may occur to you, to decide if you will accept these explanations.

Mr. Justice Ritchie quoted with approval a passage from the reasons of Mr. Justice Evans in the Court of Appeal, of which the following forms part:

To hold that an accidental slip or an innocuous statement indicating the failure of the accused to testify must *ipso facto* result in a reversible error does violence to the intent and meaning of the Statute.

I am of the opinion that the impugned statement must be considered solely in the light of possible prejudice to the accused.

This Court in *McConnell and Beer* held that the remarks of the trial judge viewed in context and on a reasonable interpretation did not amount to a

incombe à la poursuite du début à la fin du procès. Des directives à cet effet sont données au jury dans chaque procès criminel devant jury. Des commentaires sur l'abstention de l'accusé de témoigner pourraient mettre en péril ces garanties légales. Comme l'a dit M. le juge Ritchie dans *McConnell et Beer c. La Reine*²:

[TRADUCTION] Il faut prendre pour acquis, à mon avis, que le but de cet article est de protéger les accusés contre le danger d'avoir leur droit de ne pas témoigner présenté au jury de manière à suggérer que leur silence est utilisé pour masquer leur culpabilité.

Dans *McConnell et Beer c. La Reine*, le juge du procès, en donnant de nouvelles directives au jury, a déclaré:

[TRADUCTION] Messieurs les jurés, on a signalé qu'au cours de mon exposé je vous ai dit que vous n'étiez pas tenus d'accepter les explications des accusés parce qu'elles n'avaient pas été données sous serment. Vous ne devez pas en déduire que les accusés ont, de quelque façon que ce soit, le fardeau de prouver leur innocence en venant témoigner en défense. Ni les accusés ici ni aucun autre accusé dans une affaire criminelle n'ont ce fardeau de prouver leur innocence en venant témoigner en défense. L'abstention de l'un ou l'autre des accusés de venir témoigner ne doit pas influencer sur votre décision; cependant, la Cour tient à signaler que ces explications ont été données et que lorsqu'elles ont été données, elles ne l'ont pas été sous serment, et que ce n'est pas seulement pour cette raison-là mais pour toutes les autres qui pourront vous venir à l'esprit que vous devez décider d'accepter ou non les explications en question.

M. le juge Ritchie a cité en l'approuvant un extrait des motifs de M. le juge Evans en Cour d'appel, portant notamment que:

[TRADUCTION] Décider qu'il suffit d'une mention accidentelle ou anodine de l'abstention de l'accusé de témoigner pour constituer *ipso facto* une erreur suffisant à justifier la cassation d'un jugement, c'est faire violence à l'intention et au sens de la Loi.

Je suis d'avis qu'il faut examiner la déclaration attaquée uniquement à la lumière du préjudice qu'elle a pu causer à l'accusé.

Dans l'arrêt *McConnell et Beer*, cette Cour a statué que les observations du juge du procès, examinées dans leur contexte et interprétées de

² [1968] S.C.R. 802.

² [1968] R.C.S. 802.

comment in breach of the section. The language of the trial judge was taken to be "not so much a 'comment' on the failure of the persons charged to testify as a statement of their right to refrain from doing so."

McConnell and Beer, supra, was followed in *Avon v. The Queen*³, in which a majority of this Court held that the following passages from the jury charge did not offend s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*:

The accused did not testify. Evidently, he could have done so. He is not obliged to do so. I must tell you immediately, because it is better to say it, it is not because the accused did not testify that you should believe that he could be guilty. His absence from the witness box, the fact that he did not testify and did not call any witnesses, has nothing to do with the trial. Because you will have to come to your decision only on the well-established principle that the Crown must prove and establish the guilt of the accused.

Actually, you have merely the Crown's evidence. The defense (*sic*) did not call witnesses, and the accused did not testify: he did not have to. It is up to the Crown to prove its case.

In both of the cases mentioned, one might be forgiven for concluding that the directions to the jury bore some semblance of comment by the judge upon the failure of the accused to testify, but the majority of the Court had regard to the spirit animating the legislation rather than the cold letter of the law and sustained the convictions.

The present case is not one in which the accused seeks to impugn the judge's charge on the ground that the latter commented upon the failure of the accused to testify. That is the situation which usually comes before the courts. Although s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* was enacted, as I have said, to protect the rights of the accused, in the present case the complaint originates with the Crown. The Crown's complaint, of course, does not stem directly from s. 4(5) of the *Canada Evidence Act*. It is founded on the judge's observation, which followed his comment on the failure of

façon raisonnable, ne constituaient pas un commentaire qui violerait l'article en question. On a jugé que les termes employés par le juge du procès ne sont pas [TRADUCTION] «tant un «commentaire» sur l'abstention des accusés de rendre témoignage qu'un énoncé de leur droit de s'en abstenir».

L'arrêt *McConnell et Beer, précité*, a été suivi dans l'arrêt *Avon c. La Reine*³, où cette Cour, à la majorité, a statué que les extraits suivants des directives données au jury ne contreviennent pas au par. (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*:

L'accusé n'a pas témoigné. Évidemment, il aurait pu le faire. Il n'est pas obligé de le faire. Je dois vous dire tout de suite, parce que c'est mieux de le dire, ce n'est pas parce que l'accusé n'a pas témoigné que vous devez croire qu'il pourrait être coupable. Son absence dans la boîte des témoins, le fait qu'il n'a pas témoigné et qu'il n'a pas fait témoigner qui que ce soit, cela n'a rien à voir avec le procès. Parce que vous aurez à décider que sur le principe bien établi que la Couronne doit prouver et établir la culpabilité de l'accusé.

Actuellement, vous avez simplement la preuve de la Couronne. La défense n'a pas fait entendre de témoins et l'accusé n'a pas témoigné; il n'était pas obligé. C'est à la Couronne à faire la preuve.

Dans les deux arrêts susmentionnés, on pourrait être porté à croire que les directives au jury ressemblent à un commentaire du juge sur l'abstention de l'accusé de témoigner, mais la majorité de la Cour s'est attachée à l'esprit de la Loi et non au pied de la lettre et a confirmé les condamnations.

Il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire où l'accusé cherche à faire déclarer invalides les directives du juge au motif que ce dernier a fait des commentaires sur son abstention de témoigner, ce qui est le cas le plus fréquemment soulevé devant les tribunaux. Le paragraphe (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* a été promulgué, comme je l'ai dit, pour protéger les droits de l'accusé, mais en l'espèce, c'est le ministère public qui interjeta l'appel. Celui-ci, bien sûr, ne découle pas directement du par. (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il est fondé sur l'observation

³ [1971] S.C.R. 650.

³ [1971] R.C.S. 650.

the accused to testify, to the effect that the jury could not draw any unfavourable conclusion from failure of the accused to testify.

The judge may well have erred when he drew the jury's attention to the failure of the accused to enter the witness box but we do not have to decide that issue. If there was error, it was error prejudicial to the accused. I think also that there may have been error in telling the jury they could not draw an unfavourable inference from failure to testify: *Corbett v. The Queen*⁴, at p. 280; *R. v. Steinberg*⁵. This error was prejudicial to the Crown but in my opinion it is not, for the reasons which follow, such as to warrant a new trial.

I do not think that the impugned sentence was anything more than an accidental slip, made while the judge was charging upon the presumption of innocence and onus of proof. The words to which objection is taken, save for the short comment on failure to testify, follow immediately upon a correct statement of the law, that the accused does not have to establish his innocence and that he was under no obligation to testify on his own behalf. The final sentence of the paragraph is unfortunate, but I have no doubt it was added by the judge merely to emphasize and underscore his earlier remarks on presumption of innocence and burden of proof.

Not every error by a trial judge is fatal, in the sense of requiring a new trial. An accused appealing reversal of an acquittal does not have the benefit of a curative section such as s. 613(1)(b)(iii), but it is nonetheless clear that in order for a new trial to be ordered the Crown must satisfy the Court with a substantial degree of certainty that the jury would necessarily have convicted the accused in the absence of the offending words. As Kerwin J., as he then was, said in

qu'a faite le juge, après son commentaire sur l'abstention de l'accusé de témoigner, et selon laquelle le jury ne pouvait tirer aucune conclusion défavorable à l'accusé de l'abstention de celui-ci de témoigner.

Il se peut bien que le juge ait commis une erreur en attirant l'attention du jury sur l'abstention de l'accusé de se présenter à la barre des témoins, mais nous n'avons pas à trancher cette question. S'il y a eu erreur, elle a été préjudiciable à l'accusé. Je suis en outre d'avis que le juge a peut-être commis une erreur en disant au jury qu'il ne pouvait tirer aucune conclusion défavorable à l'accusé de son abstention de témoigner: *Corbett c. La Reine*⁴, à la p. 280; *R. v. Steinberg*⁵. Cette erreur était préjudiciable au ministère public mais, à mon avis, elle ne suffit pas, pour les raisons que je vais maintenant exposer, à justifier un nouveau procès.

Je ne pense pas que la phrase attaquée soit plus qu'un lapsus accidentel du juge dans ses directives sur la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve. Si l'on fait abstraction du court commentaire sur l'abstention de témoigner, les mots attaqués suivent immédiatement un énoncé correct du droit portant que l'accusé n'a pas à établir son innocence et qu'il n'a pas non plus l'obligation d'offrir son témoignage pour sa défense. La dernière phrase du paragraphe est regrettable, mais il ne me paraît pas faire de doute que le juge l'a ajoutée seulement pour donner plus de force à ses observations précédentes sur la présomption d'innocence et le fardeau de la preuve.

Une erreur commise par le juge du procès n'est pas nécessairement fatale, au sens qu'elle entraînerait automatiquement un nouveau procès. L'accusé qui interjette appel de l'annulation d'un acquittement ne peut invoquer le bénéfice d'une disposition de redressement telle que le sous-al. (iii) de l'al. b) du par. (1) de l'art. 613, mais il est néanmoins certain que pour qu'un nouveau procès soit ordonné, le ministère public doit convaincre la cour que le jury aurait très probablement déclaré

⁴ [1975] 2 S.C.R. 275.

⁵ [1931] O.R. 222.

⁴ [1975] 2 R.C.S. 275.

⁵ [1931] O.R. 222.

*Cullen v. The Queen*⁶, at p. 665:

...the onus is on the Crown to satisfy the Court that the verdict would not necessarily have been the same if there had been no error in law in the trial judge's charge.

For myself, I do not feel any such certainty. As a majority of the Court hold the view that there must be a new trial in this case, I will refrain from commenting upon the evidence beyond that which is necessary in order to elucidate the points I wish to make.

The accused offered an alibi, and it may be that the words of the charge upon which the Crown rely in asking for a new trial gave rise among the members of the jury to the impression that they could not take into account, when assessing the alibi, the failure of the accused to testify. If the case turned only on alibi or if the evidence of identification had been strong and positive, I would dismiss this appeal, but neither obtains. Alibi was not the only defence. Primarily the case for the accused rested upon the fallibility and frailty of the evidence of identification. Three witnesses gave identification evidence during the trial—Miss Ghislaine Gosselin and M. Marcel Robitaille, for the Crown, and Mrs. Jean-Claude Couture for the defence. Gosselin and Robitaille were customers of the restaurant. Both had been drinking in the restaurant prior to the shooting. Couture was the waitress who let the murderer into the restaurant after closing hours.

In evaluating the identification evidence, it is important to take cognizance of the lighting conditions in the restaurant and the opportunities for observation. After 2:00 a.m. when the restaurant closed, it was the practice to close the drapes, extinguish all lights except for a blue light and the light from the cigarette machine, and to rely on

⁶ [1949] S.C.R. 658.

l'accusé coupable si les mots attaqués n'avaient pas été prononcés. Comme l'a dit le juge en chef Kerwin, qui était alors juge puîné, dans *Cullen c. La Reine*⁶, à la page 665:

[TRADUCTION] ... c'est au ministère public qu'il incombe de convaincre la cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même s'il n'y avait pas eu d'erreur de droit dans les directives du juge du procès.

Pour ma part, je ne crois pas que ce degré de certitude existe en l'espèce. Comme la majorité de la Cour est d'avis qu'il doit y avoir un nouveau procès en l'espèce, je m'abstiendrai de faire des commentaires sur la preuve, sauf pour ce qui est nécessaire à l'élucidation des points que je veux établir.

L'accusé a fourni un alibi, et il se peut que la formulation des directives du juge, sur laquelle se fonde le ministère public pour demander un nouveau procès, ait donné aux membres du jury l'impression qu'ils ne pouvaient tenir compte, pour établir la valeur de l'alibi, de l'abstention de l'accusé de témoigner. Si l'issue de la présente affaire dépendait seulement de l'alibi ou si la preuve afférente à l'identification avait été forte et positive, je rejetterais ce pourvoi, mais ce n'est pas le cas. L'alibi n'était pas la seule défense. La défense de l'accusé reposait essentiellement sur la faiblesse de la preuve afférente à l'identification et, par conséquent, le danger d'erreur. Pendant le procès, trois témoins ont donné des éléments de preuve sur l'identification—M^{lle} Ghislaine Gosselin et M. Marcel Robitaille, pour le ministère public, et M^{me} Jean-Claude Couture, pour la défense. Le soir du crime, Gosselin et Robitaille étaient clients du restaurant et avaient pris des consommations, lorsque les coups de feu ont été tirés. Couture est la serveuse qui a laissé entrer le meurtrier après l'heure de fermeture.

Pour évaluer la preuve relative à l'identification, il est important de se faire une idée précise de l'éclairage du restaurant et de la possibilité d'y observer les gens. Après 2h, l'heure de fermeture, on avait coutume de fermer les rideaux, d'éteindre toutes les lumières sauf une lumière bleue et la lumière de la distributrice de cigarettes, et d'utili-

⁶ [1949] R.C.S. 658.

fluorescent light coming from the kitchen at the back of the restaurant. Thus there was a fairly sombre atmosphere interfering with vision, even though the restaurant was small. There was also some grill-work in the restaurant which, it was argued, served also to obscure the view. Miss Gosselin could not identify the murderer full-face, as she had only seen him in profile. She noted that he was about six feet tall, 185-200 lbs., well-built. The only identifying characteristic which she noted was a crease or hollow on the right side of his face near the eye. Gosselin picked Vézeau out of a line-up on January 2, 1970 (the murder occurred October 2, 1969) and identified him in court.

Robitaille had a greater opportunity to view the murderer than Gosselin, as he was confronted by the murderer at a distance of one and one-half feet. He said that he did not recognize the person from this confrontation as he was too nervous, Huard just having been wounded. He recognized the murderer from earlier observation when the latter was seated in the restaurant. He described the murderer as about six feet one inch and well-built. The only identifying characteristic which he pointed out was sideburns. He picked Vézeau out of a police line-up on January 2, 1970 and again in court. Robitaille's evidence is contradictory in places, and this fact becomes disturbing in relation to the question of whether the police showed him any photographs prior to the line-up. At trial he said that he saw fifteen photos in November, yet at the preliminary inquiry he said that he saw no photos of Vézeau in November. Whether he was telling the truth or just confused by the questions addressed at trial and at the preliminary inquiry were questions for the jury to determine.

Mrs. Couture, though summoned by the Crown, testified as a defence witness. She described the murderer, whom she let in the door, as six feet tall, 165-175 lbs. (180-190 lbs. at the time of her statement to the police) with dark hair. She did

ser pour seul éclairage la lumière fluorescente venant de la cuisine, située à l'arrière du restaurant. Il faisait donc assez sombre et l'on n'y voyait pas très bien, même si le restaurant est petit. Il y avait aussi des grilles qui, a-t-on prétendu, nuisaient à la vue. M^{lle} Gosselin n'a pas pu identifier le meurtrier de face, car elle ne l'avait vu que de profil. Elle a remarqué qu'il mesurait environ six pieds, pesait environ 185 à 200 livres et était bien bâti. Le seul trait distinctif qu'elle a noté est un pli ou une dépression au côté droit de son visage, près de l'œil. Confrontée avec un groupe de personnes aux fins d'identification, le 2 janvier 1970 (le meurtre avait eu lieu le 2 octobre 1969), M^{lle} Gosselin a choisi Vézeau et elle l'a reconnu devant le tribunal.

Robitaille était mieux placé que M^{lle} Gosselin pour voir le meurtrier, car il s'est trouvé face à face avec lui à un pied et demi de distance. Il a toutefois précisé que ce n'est pas ce qu'il a vu à cet instant qui lui a permis de reconnaître le meurtrier, car il était alors trop nerveux, Huard venant juste d'être blessé. Il a reconnu le meurtrier parce qu'il l'avait observé plus tôt lorsque celui-ci était assis à une table au restaurant. Il a décrit le meurtrier comme étant un homme bien bâti d'environ six pieds un pouce. Les favoris du meurtrier sont le seul trait distinctif que Robitaille a signalé. Le 2 janvier 1970, Robitaille a reconnu Vézeau parmi plusieurs personnes, au cours d'une confrontation aux fins d'identification, et à nouveau devant le tribunal. La preuve de Robitaille est contradictoire en certains endroits, ce qui est inquiétant si l'on ajoute à cela la possibilité que la police lui ait montré des photographies avant cette confrontation. Au procès, il a déclaré avoir vu quinze photos en novembre, alors qu'à l'enquête préliminaire il avait déclaré n'avoir pas vu de photo de Vézeau en novembre. Il incombait au jury de décider si Robitaille mentait ou s'il était simplement dérouté par les questions posées au procès et à l'enquête préliminaire.

Citée à comparaître par le ministère public, M^{me} Couture a cependant témoigné comme témoin de la défense. Selon la description qu'elle en a fait, le meurtrier, qu'elle a laissé entrer dans le restaurant, mesurait 6 pieds, pesait entre 165 et 175 livres

not recognize the person in the police line-up, although she said two men resembled the murderer. Vézeau was not one of those men. She said at trial that she did not recognize him. She was in an equal or better position than Gosselin and Robitaille to observe the alleged offender.

There is no evidence which links Vézeau to the murder other than that of Gosselin and Robitaille. We have no evidence of motive or any connection between Huard and Vézeau.

The defence led the evidence of Paul Mouffe, manager of a Montreal club, who said that Vézeau was with him on the night of the murder and thus provided an alibi.

The alibi was a secondary defence. Ten pages of the charge were devoted to identification evidence, two pages to the alibi. The primary strategy of the defence was to challenge the identification of Vézeau. This is apparent from the lengthy cross-examination of Gosselin and Robitaille and the examination-in-chief of Couture. It is not surprising that the jury entertained a reasonable doubt as to Vézeau's guilt, for it would have been dangerous to convict on the evidence at trial. The apprehension surrounding uncritical reliance upon identification evidence was adumbrated in *R. v. Spatola*⁷.

A jury charge should not be anatomized, cut in pieces and examined part by part, as though it were a plant or animal in a laboratory experiment. The charge must be read as whole, together with all of the evidence at trial. No one could take exception to the conduct of the trial by Mr. Justice Crête. The jury charge, apart from the words assailed, was not open to challenge. At the conclusion of the charge, the judge asked counsel for their observations. Crown counsel did not take any objection. This case was almost entirely one of fact, dependent upon identification. The narrow point of law raised by the Crown is to be found in

(dans sa déclaration à la police, elle avait dit de 180 à 190 livres) et avait les cheveux foncés. Elle n'a pas reconnu le meurtrier au moment de la confrontation aux fins d'identification, où elle a désigné deux hommes qui, d'après elle, ressemblaient au meurtrier. Dans les deux cas, ce n'était pas Vézeau. Elle a dit au procès ne pas le reconnaître. Elle était aussi bien et peut-être mieux placée que M^{lle} Gosselin et Robitaille pour observer l'auteur du crime.

Rien dans la preuve ne lie Vézeau au meurtre, si ce n'est le témoignage de M^{lle} Gosselin et de Robitaille. Rien dans la preuve n'indique quel a été le mobile du crime ni qu'il y ait eu un lien entre Huard et Vézeau.

La défense a présenté en preuve le témoignage de Paul Mouffe, gérant d'une boîte de nuit de Montréal, qui a déclaré avoir été avec Vézeau la nuit du meurtre et a ainsi fourni un alibi.

L'alibi est une défense accessoire. Dix pages des directives sont consacrées à la preuve portant sur l'identification, deux pages à l'alibi. La défense a concentré son attaque sur l'identification, de Vézeau, comme l'indiquent le long contre-interrogatoire de Gosselin et de Robitaille et l'interrogatoire principal de Couture. Il n'est pas surprenant que le jury ait eu un doute raisonnable sur la culpabilité de Vézeau, car il aurait été dangereux de le déclarer coupable sur la preuve présentée au procès. Le danger de se fier d'emblée à l'identification de l'accusé par un témoin a été signalé dans *R. v. Spatola*⁷.

Il n'y a pas lieu de disséquer les directives au jury et d'en examiner chaque élément comme s'il s'agissait d'une plante ou d'un animal dans une expérience de laboratoire. Il faut les examiner dans leur ensemble avec toute la preuve présentée au procès. Personne ne peut trouver à redire sur la façon dont M. le juge Crête a mené le procès. Les directives données au jury, sauf les termes attaqués, ne donnent prise à aucune contestation. Après avoir donné ces directives, le juge a demandé aux avocats de faire leurs observations. L'avocat du ministère public n'a fait aucune objection. Cette affaire dépend presque exclusivement

⁷ (1970), 10 C.R.N.S. 143.

⁷ (1970), 10 C.R.N.S. 143.

one short sentence buried in a charge extending through twenty-eight pages of transcript.

In my view, a properly instructed jury could readily have come to a conclusion other than that of guilt of the accused. The accused has stood one trial. Except in a clear case, that should end the matter. I am not satisfied that the jury would not have come to the same verdict if the language complained of had never been spoken.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and reinstate the jury verdict of acquittal.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Beetz and de Grandpré was delivered by

MARTLAND J.—The appellant, who was charged with non-capital murder, was tried before a judge and jury, and was acquitted. The respondent appealed to the Court of Appeal of Quebec on various alleged questions of law. The appeal was allowed on the ground that the trial judge had erred in law in the instruction to the jury in the last sentence of the following passage in his charge:

[TRANSLATION] After you were sworn in as jurors, I pointed out to you that in our criminal law, the accused before the Court is presumed to be innocent. Not only must the Crown prove the accused guilty beyond all reasonable doubt, but the accused himself does not have to establish his innocence. Neither is he required to testify in his own defence. In this case the accused did not testify. You may not draw from this fact any conclusion unfavourable to the accused.

A new trial was directed. The appellant appeals from this judgment pursuant to s. 618(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. 34, which provides that a person acquitted of an indictable offence whose acquittal is set aside by the Court of Appeal may appeal to this Court on a question of law.

The case for the Crown was that Roland Huard, who had been seated in a restaurant in the City of

de questions de faits, notamment la question de l'identification. C'est une courte phrase perdue dans les vingt-huit pages de transcription des directives qui a donné naissance à la question de droit limitée soulevée par le ministère public.

A mon avis, un jury à qui le juge aurait donné des directives appropriées aurait bien pu ne pas conclure à la culpabilité de l'accusé. Celui-ci a subi un procès et, sauf dans un cas évident, l'affaire doit s'arrêter là. Je ne suis pas convaincu que le jury ne serait pas arrivé au même verdict si les mots attaqués n'avaient jamais été prononcés.

Je suis d'avis de faire droit au pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel et de rétablir le verdict d'acquiescement prononcé par le jury.

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

LE JUGE MARTLAND—L'appellant, qui était accusé de meurtre non qualifié, a subi son procès devant un juge et un jury et il a été acquitté. L'intimée a interjeté appel devant la Cour d'appel du Québec sur diverses questions de droit. Il a été fait droit à l'appel au motif que le juge du procès avait commis une erreur de droit en donnant ses directives au jury, notamment dans la dernière phrase du passage suivant:

Après votre assermentation comme jurés, je vous ai indiqué que dans notre droit criminel, l'accusé qui est devant la Cour est présumé innocent. Non seulement la Couronne a-t-elle l'obligation de prouver la culpabilité de cet accusé hors de tout doute raisonnable, mais l'accusé, lui, n'a pas à établir son innocence. Il n'a pas non plus l'obligation d'offrir son témoignage pour sa défense. Ici,—comme dans ce cas-ci,—l'accusé n'a pas témoigné. Vous ne pouvez pas tirer de ce fait aucune conclusion défavorable à l'accusé.

On a ordonné un nouveau procès. L'appellant se pourvoit contre cet arrêt en conformité du par. (2) de l'art. 618 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. 34, selon lequel une personne qui est déchargée de l'accusation d'un acte criminel et dont l'acquiescement est annulé par la Cour d'appel peut interjeter appel devant cette Cour sur une question de droit.

Selon l'accusation, Roland Huard, assis à une table d'un restaurant de la ville de Québec, a été

Quebec, was shot by the appellant, on or about October 2, 1969. Two witnesses were called to identify the appellant as being the person who had killed Huard. The appellant did not give evidence at his trial. The defence called a witness who had been in the restaurant at the time of the killing to testify that the assailant was not the appellant. Another witness was called to establish an alibi, who testified that the appellant had been with him in Montreal during part of the evening when the murder occurred, and that he could not have been Huard's assailant.

Chief Justice Tremblay, who delivered the reasons of the Court, said, after citing the above-mentioned passage from the charge to the jury:

[TRANSLATION] It is possible that this comment contravenes s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* (R.S.C. 1952, c. 307). I do not have to come to a decision on this point, since it seems to me that this clearly constitutes an error of law, an improper direction to the jury, who had just been told "The law requires you to obey the judge's directions on the law."

Clearly, the jury has the right to take into account the accused's failure to testify and to draw any logical conclusion.

In *R. v. Steinberg* (1931 O. R. 222), decided by the Ontario Court of Appeal, Magee J., speaking of the probatory force of evidence offered by defence to substantiate his alibi said (at p. 227):

"The accused did not offer his own evidence, and the jury no doubt had that in mind as well as the bearing of his witnesses."

In the same case, Hodgins J. (p. 230):

"It must not be forgotten that the alibi set up was not verified by the oath of the accused. While it must not be mentioned to the jury that the accused has omitted to testify, it is patent to both Judge and jury that under those circumstances the alibi has a hollow sound."

Finally Middleton J. (p. 236):

"No comment may be made upon this to the jury, but the law does not forbid jurors to use their intelligence and to consider the absence of denial or explanation."

The Supreme Court of Canada upheld this decision (1931 R.S.C. 421) and expressed no disapproval of the propositions of law cited above.

atteint par des coups de feu tirés par l'appelant, le 2 octobre 1969 ou vers cette date. On a cité deux témoins pour établir que l'appelant était bien la personne qui avait tué Huard. L'appelant n'a pas témoigné à son procès. La défense a cité un témoin qui se trouvait dans le restaurant au moment du meurtre. Ce témoin a déclaré que l'assaillant n'était pas l'appelant. Un autre témoin, cité pour établir un alibi, a déclaré que l'appelant avait passé une partie de la soirée en question avec lui à Montréal et qu'il ne pouvait pas être l'assaillant de Huard.

Après avoir cité le passage susmentionné des directives au jury, le juge en chef Tremblay, qui a prononcé les motifs de la Cour, a déclaré ce qui suit:

Il est possible que ce commentaire soit contraire au paragraphe (5) de l'article 4 de la *Loi sur la preuve au Canada* (S.R.C., 1952, c. 307). Je n'ai pas à me prononcer sur ce point, puisqu'il me paraît clairement constituer une erreur de droit, une directive erronée donnée au jury qui venait d'être avisé que «La Loi exige que vous suiviez les directives de droit que le Juge vous donne.»

Il est clair que le jury a le droit de considérer l'abstention de l'accusé de témoigner et d'en tirer toute conclusion logique.

Dans une affaire de *Rex v. Steinberg* (1931 O.R. 222) décidée par la Cour d'appel de l'Ontario, le juge Magee, en parlant de la force probante d'une preuve d'alibi offerte par la défense, disait (p. 227):

[TRANSLATION] «L'accusé n'a pas témoigné et le jury s'en est sans doute souvenu comme de l'attitude des témoins de la défense.»

Dans le même arrêt, le juge Hodgins (p. 230):

[TRANSLATION] «Il ne faut pas oublier que l'alibi n'a pas été confirmé sous serment par l'accusé. Il ne faut pas mentionner au jury le fait que l'accusé s'est abstenu de témoigner, mais, dans ces circonstances, il est évident pour le juge comme pour le jury que l'alibi sonne faux.»

Enfin, le juge Middleton (p. 236):

[TRANSLATION] «On ne doit pas faire au jury de commentaires sur cette question, mais la Loi n'interdit pas aux jurés de faire preuve d'intelligence et de tenir compte de l'absence de démenti ou d'explication.»

La Cour Suprême du Canada confirma cet arrêt (1931, S.C.R. 421) et n'exprime aucune désapprobation quant aux propositions de droit citées plus haut.

He also referred to a passage from the reasons for judgment of Middleton J.A. in *R. v. Comba*⁸, at p. 226, and a passage from the reasons for judgment of Rinfret J. in *Coffin v. R.*⁹, at p. 355.

Reference should also be made to the view expressed by Pigeon J., who delivered the reasons of the majority, in *Corbett v. R.*¹⁰, at p. 280:

Section 4.5 of the *Canada Evidence Act* provides that the failure of a person charged "shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution", it does not prevent the jury from taking the fact into account without being told. No one can reasonably think that a jury will fail, in reaching a verdict, to take into account the failure of the accused to testify, specially in a case like this. This being so, it is a fact properly to be considered by the Court of Appeal when dealing with the question: "Is this a reasonable verdict?"

Section 4(5) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, to which Tremblay C.J. and Pigeon J. refer, provides that:

The failure of the person charged, or of the wife or husband of such person, to testify, shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution.

Tremblay C.J. makes it clear that he was not founding his judgment upon any breach of that provision by the trial judge in his charge. His point is that the subsection does not require or authorize a trial judge to tell a jury that they cannot draw their own conclusions from the fact that the accused has not given evidence. In his opinion, with which I agree, it is open to a jury to draw an inference from the failure of the accused to testify, and, particularly, in a case in which it is sought to establish an alibi.

Counsel for the appellant contended that there was no question of law which warranted the appeal by the respondent to the Court of Appeal, suggesting that the only issue at trial was one of fact as to the identification of the appellant as being the person who committed the murder. After analy-

Il a aussi renvoyé à un extrait des motifs de jugement du juge Middleton dans *R. v. Comba*⁸, à la p. 226, et à un passage des motifs de jugement du juge Rinfret dans *Coffin v. R.*⁹, à la p. 355.

Il convient aussi de renvoyer à l'avis exprimé par le juge Pigeon, qui a rédigé les motifs de la majorité, dans *Corbett c. R.*¹⁰, à la p. 280:

L'article 4.5 de la *Loi sur la preuve au Canada* porte que l'abstention d'une personne accusée «ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou l'avocat de la poursuite», il n'empêche pas le jury de tenir compte du fait sans qu'on le lui demande. Nul ne peut raisonnablement penser qu'un jury manquera, en rendant un verdict, de tenir compte de l'abstention de l'accusé de témoigner, spécialement dans un cas comme celui-ci. Cela étant, il s'agit d'un fait que la Cour d'appel considère à bon droit lorsqu'elle répond à la question: «Est-ce là un verdict raisonnable?»

Le paragraphe (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, c. E-10, auquel renvoient le juge en chef Tremblay et le juge Pigeon, prévoit que:

L'abstention de la personne accusée, ou de son conjoint, de témoigner ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou par l'avocat de la poursuite.

Le juge en chef Tremblay laisse clairement entendre qu'il ne fonde pas son jugement sur le fait que le juge du procès, dans ses directives, aurait violé cette disposition. Ce qu'il dit, c'est que le paragraphe n'a pas pour effet d'obliger ni d'autoriser le juge du procès à dire aux jurés qu'ils ne peuvent tirer leurs propres conclusions du fait que l'accusé n'a pas témoigné. A son avis, auquel je souscris, il est loisible aux jurés de tirer une conclusion de l'abstention de l'accusé de témoigner, notamment dans un cas où l'on cherche à établir un alibi.

L'avocat de l'appellant a soutenu qu'il n'y avait pas en l'espèce de question de droit sur laquelle l'intimée pouvait interjeter appel devant la Cour d'appel. Selon lui, la seule question soulevée au procès en était une de fait, à savoir l'identification de l'appellant comme étant la personne qui a

⁸ (1938), 70 C.C.C. 205.

⁹ (1955), 21 C.R. 333.

¹⁰ [1975] 2 S.C.R. 275.

⁸ (1938), 70 C.C.C. 205.

⁹ (1955), 21 C.R. 333.

¹⁰ [1975] 2 R.C.S. 275.

sing the evidence, he submitted that the verdict of the jury was correct.

The point is, however, that the decision of the jury was made in the light of an express direction that they must not, in reaching a decision, draw any unfavourable conclusion from the fact that the appellant had not given evidence. As I have indicated, in my opinion this direction was wrong in law, and warranted the appeal made by the respondent to the Court of Appeal.

Counsel for the appellant referred us to two judgments of this Court in *McConnell and Beer v. R.*¹¹, and *Avon v. R.*¹².

In each of these cases it was contended by the accused that there had been a breach of s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* in the judge's charge to the jury. In the former case the judge had said:

Gentlemen of the Jury, it was pointed out that in the course of my charge to you I stated that you did not have to accept the explanations of the accused because those explanations were not made under oath. You are not to take it from that that there is any onus upon the accused to prove their innocence by going into the witness box and testifying in their defence. There is no such onus on these or any accused persons in any criminal trial of proving their innocence by going into the witness box and testifying in their own defence. You are not to be influenced in your decision by either of the accused not going into the witness box and testifying, but the Court does point out that these explanations were given and when made were not made under oath and it is not only for that reason alone but for any other number of reasons that may occur to you, to decide if you will accept these explanations.

It was held by the majority in that case that the language used by the trial judge was not so much a "comment" on the failure of the accused to testify as a statement of their right to refrain from doing so, and it should not be taken to have been the intention of Parliament in enacting s. 4(5) of the *Canada Evidence Act* to preclude judges from explaining to juries the law with respect to the rights of accused persons in this regard.

commis le meurtre. Après avoir analysé la preuve, il a conclu que le jury avait rendu le bon verdict.

Il n'en reste pas moins que le jury est arrivé à ce verdict après avoir reçu une directive expresse de ne pas tirer, dans ses délibérations, de conclusion défavorable du fait que l'appellant n'avait pas témoigné. Comme je l'ai indiqué, cette directive constitue, à mon avis, une erreur de droit et justifie l'appel interjeté par l'intimée devant la Cour d'appel.

L'avocat de l'appellant nous a renvoyés à deux arrêts de cette Cour, soit *McConnell et Beer c. R.*¹¹, et *Avon c. R.*¹².

Dans chacune de ces affaires, l'accusé prétendait que le juge, dans ses directives au jury, avait violé les dispositions du par. (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Dans la première de ces deux affaires, le juge avait déclaré:

[TRADUCTION] Messieurs les jurés, on a signalé qu'au cours de mon exposé je vous ai dit que vous n'étiez pas tenus d'accepter les explications des accusés parce qu'elles n'avaient pas été données sous serment. Vous ne devez pas en déduire que les accusés ont, de quelque façon que ce soit, le fardeau de prouver leur innocence en venant témoigner en défense. Ni les accusés ici ni aucun autre accusé dans une affaire criminelle n'ont ce fardeau de prouver leur innocence en venant témoigner en défense. L'abstention de l'un ou l'autre des accusés de venir témoigner ne doit pas influencer sur votre décision; cependant, la Cour tient à signaler que ces explications ont été données et que lorsqu'elles ont été données, elles ne l'ont pas été sous serment, et que ce n'est pas seulement pour cette raison-là mais pour toutes les autres qui pourront vous venir à l'esprit que vous devez décider d'accepter ou non les explications en question.

Dans cette affaire, la majorité a décidé que les termes dans lesquels le juge de première instance s'était exprimé n'étaient pas tant «un commentaire» sur l'abstention des accusés de rendre témoignage qu'un énoncé de leur droit de s'en abstenir, et qu'on ne pouvait conclure qu'en édictant le par. (5) de l'art. 4 de la *Loi sur la preuve au Canada*, le Parlement avait l'intention d'empêcher les juges d'expliquer aux jurés les règles de droit quant aux droits des accusés sur ce point.

¹¹ [1968] S.C.R. 802.

¹² [1971] S.C.R. 650.

¹¹ [1968] R.C.S. 802.

¹² [1971] R.C.S. 650.

In the latter case the passage complained of was as follows:

[TRANSLATION] The accused did not testify. Evidently, he could have done so. He is not obliged to do so. I must tell you immediately, because it is better to say it, it is not because the accused did not testify that you should believe that he could be guilty. His absence from the witness box, the fact that he did not testify and did not call any witnesses, has nothing to do with the trial. Because you will have to come to your decision only on the well-established principle that the Crown must prove and establish the guilt of the accused.

Fauteux C.J., writing the reasons of the majority, said, at p. 654:

However, relying on the concise and accurate distinction made by Ritchie J. in *McConnell and Beer, supra*, I would say that the language used by Cousineau J. is a "statement" of an accused's right not to testify, rather than a "comment" on his failure to do so. In my opinion, the instructions complained of cannot be construed as prejudicial to the accused or such as to suggest to the jurors that his silence was used to cloak his guilt. On the contrary, by telling them, as stated above: "His absence from the witness box, the fact that he did not testify and did not call any witnesses, has nothing to do with the trial," the learned judge, in a manner favourable to the accused, set aside the acknowledged right of any judge of the fact—judge or jury—to consider whether the evidence produced by the prosecution is such that, in the absence of explanation or contradiction, it can validly justify a conviction.

In each of these cases the decision was that there had not been a breach of s. 4(5) in the charge to the jury. In each case it was also said that even if the comment had been in violation of s. 4(5) it was a proper case for the application of s. 592(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, now s. 613(1)(b)(iii). Counsel for the appellant contends that that paragraph should be applied in the present case.

Section 613(1) defines the powers of a court of appeal on the hearing of an appeal against a conviction. Paragraph (b)(iii) of that subsection empowers the court to dismiss the appeal from conviction notwithstanding that it is of the opinion that there has been a wrong decision of law in the trial court, if the court is of the opinion that no

Dans la seconde affaire, le passage attaqué est rédigé de la façon suivante:

L'accusé n'a pas témoigné. Évidemment, il aurait pu le faire. Il n'est pas obligé de le faire. Je dois vous dire tout de suite, parce que c'est mieux de le dire, ce n'est pas parce que l'accusé n'a pas témoigné que vous devez croire qu'il pourrait être coupable. Son absence dans la boîte des témoins, le fait qu'il n'a pas témoigné et qu'il n'a pas fait témoigner qui que ce soit, cela n'a rien à voir avec le procès. Parce que vous aurez à décider que sur le principe bien établi que la Couronne doit prouver et établir la culpabilité de l'accusé.

Le juge en chef Fauteux, qui a rédigé les motifs de la majorité, a déclaré, à la p. 654:

M'inspirant cependant de la juste et concise distinction faite par M. le juge Ritchie dans *McConnell et Beer, supra*, je dirais que le langage employé par M. le juge Cousineau est plutôt un «énoncé» du droit d'un prévenu de s'abstenir de témoigner qu'un «commentaire» sur son abstention de ce faire. A mon avis, les instructions reprochées ne sont pas susceptibles d'une interprétation préjudiciable à l'accusé ou aptes à suggérer aux jurés que son silence fut utilisé pour masquer sa culpabilité. Au contraire, en leur disant, comme ci-dessus relaté: «Son absence dans la boîte aux témoins, le fait qu'il n'a pas témoigné et qu'il n'a pas fait témoigner qui que ce soit, cela n'a rien à voir avec le procès», le savant juge écartait, de façon favorable à l'accusé, le droit qu'on reconnaît à tout juge du fait,—juge ou juré—de considérer si la preuve faite par la poursuite est telle qu'elle peut, en l'absence d'explication ou contradiction, valablement justifier une déclaration de culpabilité.

Dans chacune de ces affaires, il a été décidé que les directives n'avaient pas contrevenu au par. (5) de l'art. 4 et que, même si le commentaire avait enfreint ledit paragraphe, il s'agirait d'un cas d'application du sous-al. (iii) de l'al. b) du par. (1) de l'art. 592 du *Code criminel*, maintenant le sous-al. (iii) de l'al. b) du par. (1) de l'art. 613. L'avocat de l'appellant soutient que cet alinéa est applicable en l'espèce.

Le paragraphe (1) de l'art. 613 délimite les pouvoirs d'une cour d'appel lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité. Le sous-alinéa (iii) de l'al. b) de ce paragraphe investit la cour d'appel du pouvoir de rejeter l'appel, si elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit, bien qu'elle

substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

The powers of the court of appeal on an appeal from an acquittal are defined in s. 613(4) as follows:

(4) Where an appeal is from an acquittal the court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or

(ii) order a new trial.

Subsection (4) does not contain any provision equivalent to s. 613(1)(b)(iii). The powers of the court under this subsection were considered by the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Paquette*¹³, at p. 162. After quoting subs. (4), the Court goes on to say:

It is to be observed that the term, "no substantial wrong or miscarriage of justice" is not incorporated in this subsection as it is in the situation of an appeal by an accused. However, in this case we think it appropriate to analogize the test, and we would hold that the Crown has satisfied us that it cannot be said that but for the misdirection the verdict of the jury would necessarily have been the same.

The test applied in that case to determine whether a verdict of acquittal should be set aside, where the Crown had established an error in law at the trial, is that which had been stated by Kerwin J., as he then was, in *White v. R.*¹⁴, at p. 276. It is true that at the time the *White* case was determined s. 1013(5) of the *Criminal Code* provided that the powers of a court of appeal on an appeal by the Crown should *mutatis mutandis* be similar, *inter alia*, to its powers under s. 1014(2), which enabled it to dismiss an appeal from a conviction, even though there were grounds which might have warranted a decision in favour of the appellant, if it was the opinion that no substantial

estime que la cour de première instance a rendu une décision erronée sur une question de droit.

Les pouvoirs de la cour d'appel dans un appel interjeté d'un acquittement sont définis au par. (4) de l'art. 613 de façon suivante:

(4) Quand un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut

a) rejeter l'appel; ou

b) admettre l'appel, écarter le verdict et

(i) consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, n'eût été l'erreur en droit, et prononcer une sentence justifiée en droit, ou

(ii) ordonner un nouveau procès.

Le paragraphe (4) ne contient aucune disposition qui soit l'équivalent du sous-al. (iii) de l'al. b) du par. (1) de l'art. 613. La Cour d'appel de l'Ontario a examiné les pouvoirs du tribunal en vertu de ce paragraphe dans *R. v. Paquette*¹³, à la p. 162. Après avoir cité le par. (4), la Cour déclare:

[TRANSLATION] Il y a lieu de signaler que l'expression «aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave» ne figure pas dans ce paragraphe alors qu'elle figure dans celui visant le cas d'un appel interjeté par un accusé. Cependant nous croyons qu'il y a lieu, en l'espèce, d'appliquer ce critère par voie d'analogie et nous statuons que le ministère public nous a convaincus qu'on ne peut dire qu'en l'absence de la directive erronée, le verdict du jury aurait nécessairement été le même.

Le critère appliqué dans cette affaire pour déterminer s'il y avait lieu d'écarter un verdict d'acquittement, lorsque le ministère public avait établi qu'une erreur de droit avait été commise au procès, est celui qu'avait exposé le juge en chef Kerwin, alors juge puîné, dans *White c. R.*¹⁴, à la p. 276. Il est vrai qu'à l'époque de cette dernière affaire, le par. (5) de l'art. 1013 du *Code criminel* portait que les pouvoirs d'une cour d'appel, dans un appel interjeté par le ministère public, devaient être *mutatis mutandis* analogues, *inter alia*, à ses pouvoirs en vertu du par. (2) de l'art. 1014, qui lui permettaient de rejeter l'appel d'une déclaration de culpabilité, même s'il existait des motifs qui

¹³ (1975), 19 C.C.C. (2d) 154.

¹⁴ [1947] S.C.R. 268.

¹³ (1975), 19 C.C.C. (2d) 154.

¹⁴ [1947] R.C.S. 268.

wrong or miscarriage of justice had occurred. However, in the case of *R. v. Gauthier*¹⁵, Pigeon J., who delivered the reasons of the majority, applied the test defined in the *White* case. There was no dissent in respect of this point. In the present case, therefore, it was the duty of the Crown, in order to obtain a new trial, to satisfy the Court that the verdict would not necessarily have been the same if the trial judge had properly directed the jury.

In my opinion that test has been met by the Crown. It was part of the appellant's defence to the charge that he could not have committed the offence because he was in Montreal when the murder occurred. Proof of this alibi was tendered by a witness who claimed to have been with the appellant in Montreal. The direction of the trial judge precluded the jury, when considering this defence, from taking into consideration the fact that the appellant had failed to support his alibi by his own testimony. The failure of an accused person, who relies upon an alibi, to testify and thus to submit himself to cross-examination is a matter of importance in considering the validity of that defence. The jury, in this case, was instructed that they could not take that fact into account in reaching their verdict.

In the result, I agree with the judgment of the Court of Appeal and would dismiss this appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Corriveau & Associates, Quebec.

Solicitor for the respondent: François Tremblay, Quebec.

auraient pu justifier une décision en faveur de l'appelant, si la cour d'appel était d'avis qu'il ne s'était produit aucun tort réel ou déni de justice. Toutefois, dans l'affaire *R. c. Gauthier*¹⁵, le juge Pigeon, porte-parole des motifs de la majorité, a appliqué le critère défini dans l'arrêt *White*. Il n'y a pas eu de dissidence sur ce point. Dans la présente affaire, par conséquent, il incombait au ministère public, pour obtenir un nouveau procès, de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge du procès avait correctement donné ses directives au jury.

A mon avis, c'est ce qu'a fait le ministère public. Dans sa défense, l'appelant soutenait notamment qu'il ne pouvait avoir commis l'infraction en question parce qu'il était à Montréal au moment du meurtre. Cet alibi a été corroboré par un témoin qui prétend avoir été en compagnie de l'appelant à Montréal. La directive du juge du procès se trouvait à interdire au jury, lorsque celui-ci examinait la valeur de cette défense, de tenir compte du fait que l'appelant n'était pas venu témoigner lui-même à l'appui de son alibi. Le fait qu'un accusé, qui invoque un alibi, s'abstienne de témoigner et de se soumettre ainsi à un contre-interrogatoire est une question importante pour déterminer la valeur de ce moyen de défense. En l'espèce, on a dit au jury qu'il ne pouvait tenir compte de ce fait dans ses délibérations.

En conséquence, je suis d'accord avec l'arrêt rendu par la Cour d'appel et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Corriveau & Associés, Québec.

Procureur de l'intimée: François Tremblay, Québec.

¹⁵ [1977] 1 S.C.R. 441.

¹⁵ [1977] 1 R.C.S. 441.