

Leonard George Olbey Appellant;

and

Her Majesty The Queen Respondent.

1979: May 30; 1979: December 21.

Present: Laskin C.J. and Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Criminal law — Murder — Non-capital murder — Defences — Provocation not raised by defence — Duty of trial judge to instruct jury as to provocation — Failure of trial judge to instruct on influence of drugs or alcohol — Refusal by Court of Appeal of motion to adduce fresh evidence — Discretion of Court of Appeal — Criminal Code, ss. 215, 610, 613(1)(b)(iii).

Criminal law — Jury — Evidence — Readback to jury after commencement of deliberations — Error in permitting readback of direct examination only — Qualifying evidence not read back — Criminal Code, s. 613(1)(b)(iii).

The appeal is against a conviction for non-capital murder and comes to the Supreme Court of Canada by virtue of s. 618(1)(a) on two grounds raised in dissent in the Court of Appeal. First, that the learned trial judge's failure to direct the jury that, if there was a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, they should consider the influence of drugs on the accused in deciding whether in fact he was or might have been responding to provocation was non-direction amounting to misdirection, and, second, it could not be said in the circumstances that no substantial wrong or miscarriage of justice resulted therefrom. Leave to appeal was also given to allege error on the trial judge's part in failing to instruct the jury on the law as to the treatment of accomplices' evidence; and in failing to respond to the jury's request to have the evidence of a witness read back after they had commenced their deliberations; and further that the Court of Appeal erred in its dismissal of a motion to adduce fresh evidence, pursuant to s. 610, on the hearing of the appeal.

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

Per Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre JJ.: At trial appellant relied upon self-defence. The

Leonard George Olbey Appellant;

et

Sa Majesté La Reine Intimée.

1979: 30 mai; 1979: 21 décembre.

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

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

Droit criminel — Meurtre — Meurtre non qualifié — Défenses — Provocation non soulevée par la défense — Obligation du juge du procès d'expliquer au jury la défense de provocation — Omission du juge du procès de donner des directives sur l'influence des drogues ou de l'alcool — Rejet par la Cour d'appel de la requête en production de nouveaux éléments de preuve — Pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appel — Code criminel, art. 215, 610, 613(1)b)(iii).

Droit criminel — Jury — Preuve — Relecture au jury après le début des délibérations — Erreur de permettre la relecture de l'interrogatoire principal seulement — Preuve mitigeante non relue — Code criminel, art. 613(1)b)(iii).

Le pourvoi est à l'encontre d'une déclaration de culpabilité de meurtre non qualifié et est soumis à cette Cour conformément à l'al. 618(1)a) sur deux moyens soulevés dans la dissidence en Cour d'appel. Premièrement, l'omission du juge du procès d'exposer au jury que, s'il y avait une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, il devait tenir compte de l'influence de drogues sur l'accusé pour décider si en fait il a agi ou a pu agir en réponse à la provocation, constituait une absence de directive équivalant à une directive erronée et, deuxièmement, dans les circonstances, on ne peut prétendre qu'aucun tort important ou erreur judiciaire grave n'en a résulté. L'autorisation d'appeler a aussi été donnée sur le moyen que le juge du procès a erré en omettant d'exposer au jury le droit relatif à la façon de considérer les témoignages de complices, et en accédant à la demande du jury que soit relu le témoignage d'un témoin après le début des délibérations; et de plus, que la Cour d'appel a erré en rejetant une requête visant à produire à l'audition de l'appel de nouveaux éléments de preuve conformément à l'art. 610.

Arrêt (le juge en chef Laskin est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre: Au procès, l'appelant s'est fondé sur la légi-

defence of provocation was not argued and defence counsel did not ask the trial judge to direct the jury upon it. The defence relied on the description of events given by the appellant to support the self-defence theory. The trial judge however considered that there was evidence to support the defence of provocation under s. 215 of the *Criminal Code* and put that defence to the jury. Appellant did not raise the defence of provocation and at no time did he say that he had been provoked into violent action by the words and conduct of the deceased. In fact, his description of events went far to negate any suggestion of provocation. His evidence was of an attack, to which he reacted not on the sudden, but by defending himself; he considered that the deceased was reaching for a gun and, in fear of his life, he shot and killed him. Both Courts below considered, however, that there was some evidence of provocation which required the putting of that charge on provocation to the jury and, of course, when a direction is put it should be put correctly. Where there is evidence of intoxication of an accused by drugs or alcohol, and the defence of provocation is raised, the jury must be directed that they are entitled to consider and should consider what effect such intoxication might have had upon the accused. They should be told to consider whether his power of self-control had been affected to the point where he might be deprived, in whole or in part, of his normal ability to restrain himself in circumstances which could amount to provocation. In this case, on application of the test in *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, the judge's error was not fatal to the conviction.

time défense. La défense de provocation n'a pas été plaidée et l'avocat de la défense n'a pas demandé au juge du procès de donner au jury des directives à cet égard. La défense s'est appuyée sur la description des événements donnée par l'appelant pour étayer la théorie de la légitime défense. Le juge du procès a cependant considéré qu'il y avait une preuve pour fonder une défense de provocation en vertu de l'art. 215 du *Code criminel* et il a soumis ce moyen de défense au jury. L'appelant n'a pas soulevé la défense de provocation et n'a jamais dit que les mots ou la conduite de la victime avaient provoqué son action violente. En réalité, sa description des événements contredit largement l'hypothèse de la provocation. Son témoignage révèle une agression à laquelle il a réagi, non sur le coup, mais en se défendant; il a pensé que la victime cherchait une arme et, craignant pour sa vie, il a tiré et l'a tuée. Les deux cours d'instance inférieure ont considéré, cependant, qu'il y avait des éléments de preuve de provocation qui exigeaient que l'on donne cette directive sur la provocation au jury et, bien sûr, lorsqu'une directive est donnée, elle doit l'être correctement. Lorsqu'il y a une preuve d'intoxication d'un accusé due à des drogues ou à l'alcool et que la défense de provocation est soulevée, il faut expliquer au jury qu'il a le droit de tenir compte et devrait tenir compte de l'effet que pareille intoxication a pu avoir sur l'accusé. Il faut lui dire d'examiner si cela a influé sur le pouvoir de se maîtriser de l'accusé au point où il pourrait être privé, en totalité ou en partie, de sa capacité habituelle de se retenir dans des circonstances pouvant constituer une provocation. Dans cette affaire, en appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739, l'erreur du juge n'a pas pour effet d'invalider la déclaration de culpabilité.

Per Laskin C.J., dissenting: It is not necessary to deal with any point raised by the appellant save that relating to the issue of provocation and the relation of intoxication and drug-taking to it. Although provocation was not raised by the appellant at his trial, the judge acted upon the long established rule of our criminal law of putting to the jury any relevant issue revealed by the evidence, even if the accused did not raise it. In doing so, his instruction fell short of what the jury was entitled to have in order to come to a conclusion of fact whether the accused was guilty of manslaughter only or of murder. While the evidence of provocation may have appeared slim to the Court of Appeal, it was not the function of that Court to weigh it and usurp the role of the jury. Indeed, it was recognized by the majority in that Court that even if the jury was in reasonable doubt on the issue of provocation, a matter on which it should have been charged and was not, the accused was entitled to the

Le juge en chef Laskin, dissident: Il suffit d'examiner, parmi les questions soulevées ici par l'appelant, celle de la provocation et du lien que l'intoxication et la consommation de drogues ont avec elle. Bien que l'appelant n'ait pas invoqué la provocation à son procès, le juge a agi conformément à la règle bien établie de notre droit criminel que toute question pertinente révélée par la preuve doit être soumise au jury, même si l'accusé ne l'a pas soulevée. Ce faisant, sa directive était incomplète et ne permettait pas au jury de tirer une conclusion de fait sur la question de savoir si l'accusé était coupable d'homicide involontaire coupable seulement ou de meurtre. Bien que la preuve de provocation ait pu paraître mince à la Cour d'appel, ce n'est pas la tâche de cette cour-là de la peser et d'usurper le rôle du jury. La majorité de cette cour a d'ailleurs reconnu que même si le jury avait un doute raisonnable sur la question de la provocation—question sur laquelle il aurait dû recevoir

benefit of that doubt and to have the charge reduced to manslaughter.

As to the application by the majority in the Court of Appeal of s. 613(1)(b)(iii), this section should not be applied to cure a defective charge on an issue touching culpability, once it is concluded that there is evidence on that issue fit to go to the jury.

[*McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. Harms* (1936), 66 C.C.C. 134; *Taylor v. The King*, [1947] S.C.R. 462; *R. v. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *R. v. Wydryk and Wilkie* (1972), 17 C.R.N.S. 336; *R. v. Bell, Christiansen, Coolen and MacDonald* (1975), 28 C.R.N.S. 55; *R. v. Stewart and Johnson* (1968), 5 C.R.N.S. 75; *R. v. Smith, Sauvé and George* (1976), 25 C.C.C. (2d) 270, applied; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *Linney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 646, 32 C.C.C. (2d) 294, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal against a conviction for non-capital murder. Appeal dismissed, Laskin C.J. dissenting.

Clayton Ruby and Dianne L. Martin, for the appellant.

David H. Doherty, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—The appellant was convicted on February 18, 1974, after trial before Callon J. and a jury, of the non-capital murder of one Paul Patterson. He appealed to the Ontario Court of Appeal by a notice of appeal dated October 17, 1975 and expanded his grounds of appeal by a supplementary notice of appeal given on January 28, 1977. On February 9, 1977, he gave notice of motion to adduce fresh evidence before the Court of Appeal, pursuant to s. 610(1) of the *Criminal Code*. That Court disposed of the motion by the following endorsement on the notice thereof:

The majority of the Court are of the view that no proper case had been made for the exercise of their discretion

des directives et n'en a pas reçu—l'accusé avait le droit de bénéficier de ce doute et de voir l'accusation de meurtre réduite à celle d'homicide involontaire coupable.

Quant à l'application du sous-al. 613(1)b)(iii) par la majorité de la Cour d'appel, ce sous-alinéa ne doit pas être appliqué pour remédier à un exposé défectueux sur une question qui touche la culpabilité, une fois que l'on a conclu à l'existence d'une preuve y afférente susceptible d'être soumise au jury.

[Jurisprudence: *McMartin c. La Reine*, [1964] R.C.S. 484; *R. v. Harms* (1936), 66 C.C.C. 134; *Taylor c. Le Roi*, [1947] R.C.S. 462; *R. v. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168; *Colpitts c. La Reine*, [1965] R.C.S. 739; *R. v. Wydryk and Wilkie* (1972), 17 C.R.N.S. 336; *R. v. Bell, Christiansen, Coolen and MacDonald* (1975), 28 C.R.N.S. 55; *R. v. Stewart and Johnson* (1968), 5 C.R.N.S. 75; *R. v. Smith, Sauvé and George* (1976), 25 C.C.C. (2d) 270, arrêts suivis; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *Linney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 646, 32 C.C.C. (2d) 294.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité de meurtre non qualifié. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin étant dissident.

Clayton Ruby et Dianne L. Martin, pour l'appelant.

David H. Doherty, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—L'appelant a été déclaré coupable le 18 février 1974, au terme d'un procès devant le juge Callon et un jury, du meurtre non qualifié d'un nommé Paul Patterson. Il a interjeté appel à la Cour d'appel de l'Ontario par avis d'appel en date du 17 octobre 1975 et a étendu ses moyens d'appel par un avis d'appel supplémentaire en date du 28 janvier 1977. Le 9 février 1977, il a donné avis d'une requête visant à produire de nouveaux éléments de preuve devant la Cour d'appel, conformément au par. 610(1) du *Code criminel*. Cette cour-là a statué sur la requête en inscrivant ce qui suit sur l'avis:

[TRADUCTION] La majorité de la cour est d'avis que l'on n'a pas démontré qu'elle devait exercer son pouvoir

¹ (1977), 38 C.C.C. (2d) 390.

¹ (1977), 38 C.C.C. (2d) 390.

to receive fresh evidence; Madam Justice Wilson is of the contrary view and would have heard the evidence.

The majority of the Court consisted of Dubin and Martin JJ.A. and, on the merits of the appeal, they concluded, in reasons delivered by Martin J.A. on December 1, 1977, that the appeal must be dismissed, Wilson J.A. dissenting.

There were errors of law committed by the trial judge in his charge to the jury which Martin J.A. pointed out, but he applied s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, being satisfied that no substantial wrong or miscarriage of justice was occasioned by the errors; that they were, to borrow an expression used elsewhere, harmless errors. In her dissent, Wilson J.A. dealt with only one of the points canvassed by the majority, finding it unnecessary to deal with any of the others. It was, in her opinion, sufficient ground to set aside the conviction and order a new trial because of the non-direction amounting to misdirection, on provocation. It was put weakly to the jury and with a misstatement of the evidence relevant to that issue and was also, to all intents and purposes, thereafter withdrawn from the jury. She rejected the Crown's contention and the view of the majority of the Court of Appeal that the misdirection was covered by s. 613(1)(b)(iii), being of the opinion that it was open to a properly instructed jury to bring in a verdict of manslaughter or to conclude that they were not satisfied beyond a reasonable doubt that the accused did not act in response to provocation.

An appeal as of right, founded on Wilson J.A.'s dissent, was brought to this Court and, in addition, the appellant obtained leave on February 20, 1978, to argue other points of appeal in law put before the Court below and, as well, to challenge the refusal of that Court to admit fresh evidence. Counsel for the appellant urged this Court to receive the evidence under its power to do so given by s. 623(1) of the *Criminal Code*.

discrétionnaire de recevoir de nouvelles dépositions; madame le juge Wilson est d'avis contraire et aurait entendu la preuve.

La majorité de la Cour était composée des juges Dubin et Martin et, sur le fond de l'appel, ils ont conclu au rejet dans des motifs exposés par le juge Martin le 1^{er} décembre 1977, avec la dissidence du juge Wilson.

Le juge Martin a fait remarquer que le juge du procès avait commis des erreurs de droit dans son exposé au jury, mais il a appliqué le sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code criminel*, convaincu que ces erreurs n'avaient causé aucun tort important ou erreur judiciaire grave; que c'étaient, pour emprunter une expression employée ailleurs, des erreurs sans conséquence. Dans sa dissidence, le juge Wilson n'a traité que de l'un des points examinés par la majorité; elle était d'avis qu'il n'était pas nécessaire d'aborder les autres. L'absence de directive sur la provocation, équivalant à une directive erronée, constituait, selon elle, un motif suffisant pour infirmer la déclaration de culpabilité et ordonner un nouveau procès. Ce point a été soumis sans insistance au jury, accompagné d'un énoncé erroné de la preuve qui lui était pertinente et a aussi, à toutes fins pratiques, été par la suite soustrait à l'appréciation du jury. Elle a rejeté la prétention du ministère public et l'opinion de la majorité de la Cour d'appel que la directive erronée relevait du sous-al. 613(1)b)(iii); elle était d'avis qu'un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu rendre un verdict d'homicide involontaire coupable ou conclure qu'il n'était pas convaincu au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé n'avait pas agi en réponse à la provocation.

Un pourvoi de plein droit, fondé sur la dissidence du juge Wilson, a été formé devant cette Cour et, de plus, l'appelant a obtenu le 20 février 1978 l'autorisation de faire valoir d'autres moyens de droit soumis à la Cour d'appel et, également, de contester son refus de recevoir de nouveaux éléments de preuve. L'avocat de l'appelant a demandé à cette Cour de recevoir la preuve en vertu du pouvoir que lui confère à cet effet le par. 623(1) du *Code criminel*.

In my view of this case, I do not find it necessary to deal with any point raised by the appellant save that relating to the issue of provocation and the relation of intoxication and drug-taking to it. Although provocation was not raised by the accused at his trial, the presiding Judge acted upon the long established rule of our criminal law of putting to the jury any relevant issue revealed by the evidence, even if the accused did not raise it. Thus, the trial Judge put provocation to the jury, being of the opinion that there was some evidence to support it. However, in so doing, his instruction to the jury fell short of what the jury was entitled to have in order to come to a conclusion of fact whether the accused was guilty of manslaughter only -and not of murder. In the Court of Appeal, Martin J.A. although seemingly hesitatingly, proceeded on the basis of there being evidence of provocation to go to the jury. He found that the trial Judge had failed to instruct the jury properly on that issue. The following passages in the reasons of the learned Justice of Appeal indicate where the failure lay:

The final ground of appeal arises out of the charge with respect to provocation, in that the trial judge did not instruct the jury that if there was a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self control, it was proper and necessary for the jury in deciding whether the accused was actually deprived of his power of self control, to consider his condition with respect to drunkenness. See *R. v. Haight* (1977), 30 C.C.C. (2d) 168. My Brother Dubin, during the argument of this ground of appeal, also pointed out that the trial judge's charge did not expressly relate the principle of reasonable doubt to the defence of provocation. See *Linney v. The Queen* (1977), 32 C.C.C. (2d) 294.

... the trial judge did not emphasize, as he might have, the requirement that the wrongful act or insult be of such a nature as to deprive an "ordinary" person of the power of self-control, in order for the defence of provocation to be available; nor did he withdraw from the jury's consideration the appellant's condition with respect to intoxication on the issue whether he was actually deprived of the power of self-control. I also note that the trial judge was in error when he stated that the evidence of the accused was that the deceased called him "a two-bit nigger punk", since the accused in his evi-

Vu mon opinion en l'espèce, j'estime qu'il suffit d'examiner, parmi les questions soulevées ici par l'appelant, celle de la provocation et du lien que l'intoxication et la consommation de drogues ont avec elle. Bien que l'accusé n'ait pas invoqué la provocation à son procès, le juge a agi conformément à la règle bien établie de notre droit criminel que toute question pertinente révélée par la preuve doit être soumise au jury, même si l'accusé ne l'a pas soulevée. Le juge du procès a donc soumis au jury la question de la provocation, étant d'avis qu'elle trouvait un appui dans la preuve. Mais, ce faisant, sa directive était incomplète et ne permettait pas au jury de tirer une conclusion de fait sur la question de savoir si l'accusé était coupable d'homicide involontaire coupable seulement et non de meurtre. En Cour d'appel, le juge Martin, bien qu'apparemment avec quelque hésitation, a tenu pour acquis qu'il y avait une preuve de provocation à soumettre au jury. Il a décidé que le juge du procès n'avait pas donné les directives appropriées au jury sur cette question. Les passages suivants des motifs du savant juge d'appel indiquent où se trouvait la faille:

[TRADUCTION] Le dernier moyen d'appel découle de l'exposé relatif à la provocation; de ce que le juge du procès n'a pas exposé au jury que, s'il y avait eu une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, il pouvait et devait tenir compte de l'état d'ébriété de l'accusé pour décider s'il était réellement privé du pouvoir de se maîtriser. Voir *R. v. Haight* (1977), 30 C.C.C. (2d) 168. Mon collègue Dubin, pendant la plaidoirie sur ce moyen d'appel, a aussi fait remarquer que l'exposé du juge du procès n'a pas expressément relié le principe du doute raisonnable à la défense de provocation. Voir *Linney c. La Reine* (1977), 32 C.C.C. (2d) 294.

... le juge du procès n'a pas insisté, comme il aurait pu le faire, sur l'exigence que l'action injuste ou l'insulte soit de telle nature qu'elle prive une personne «ordinaire» du pouvoir de se maîtriser, pour que la défense de provocation puisse être plaidée; il n'a pas non plus retiré au jury la question de l'état d'intoxication de l'appelant quant à savoir s'il était réellement privé du pouvoir de se maîtriser. Je note également que le juge du procès s'est trompé lorsqu'il a dit que l'accusé avait témoigné que la victime l'avait traité de «petit voyou de nègre», puisque l'accusé dans son témoignage n'a pas dit avoir entendu

dence did not say that he heard these words. This error, however, inured to the benefit of the appellant.

The failure of the trial judge, however, to instruct the jury that they were entitled to consider the appellant's condition with respect to intoxication on the issue whether he was deprived of his power of self-control, in the event they considered that there was a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, constituted non-direction and it, therefore, becomes necessary to examine this error in the context of the trial to determine whether it resulted in a substantial wrong or a miscarriage of justice.

I should point out, as was done by Madam Justice Wilson in her dissent, that although the accused did not say that he heard the provocative words "two-bit nigger punk", he did not deny hearing them, a feature which distinguishes this case from *Parnerkar v. The Queen*². The fact that the trial Judge mis-stated the evidence in saying that the accused testified that the deceased called him a "two-bit nigger punk" (this evidence came from the Crown witness Catherine Dwyer) was regarded by Martin J.A. as enuring to the benefit of the accused. Even so, it does not detract from the duty of the trial Judge to give proper direction to the jury.

However slim the evidence of provocation may have appeared to the majority of the Court of Appeal, it was not their function to weigh it and thus usurp the role of the jury. Indeed, the majority recognized that even if the jury was in reasonable doubt on the issue of provocation—a matter on which it should have been charged and was not—the accused was entitled to the benefit thereof and to have the charge of murder reduced to manslaughter.

I refrain from any fuller discussion of the facts and the law respecting provocation, being content to adopt what was said on that question by Madam Justice Wilson.

This brings me to the question whether it was proper for the majority to apply s. 613(1)(b)(iii) to cure the deficiencies in the trial Judge's charge. Such an application was denied in *Linney v. The Queen*³, but Martin J.A. was of the opinion that

ces mots. Cette erreur, cependant, favorise l'appelant.

Cependant, l'omission du juge du procès d'exposer au jury qu'il pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de l'appelant en déterminant s'il était privé du pouvoir de se maîtriser, dans l'hypothèse où il conclurait qu'il y avait eu une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, constitue une absence de directive et il devient donc nécessaire d'examiner cette erreur dans le contexte du procès pour décider si elle a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave.

Je dois faire remarquer, comme l'a fait madame le juge Wilson dans sa dissidence, que bien que l'accusé n'ait pas dit avoir entendu les mots provocateurs «petit voyou de nègre», il n'a pas nié les avoir entendus, un élément qui distingue l'espèce de l'affaire *Parnerkar c. La Reine*². Le juge Martin a considéré que l'erreur que le juge du procès a commise dans son exposé de la preuve en disant que l'accusé avait témoigné que la victime l'avait traité de «petit voyou de nègre» (c'est plutôt Catherine Dwyer, témoin à charge, qui l'a dit) favorisait l'accusé. Même dans ce cas, cela ne change rien au devoir du juge du procès d'instruire correctement le jury.

Quelque mince que la preuve de provocation ait pu paraître à la majorité de la Cour d'appel, ce n'est pas sa tâche de la peser et, ce faisant, d'usurer le rôle du jury. La majorité a d'ailleurs reconnu que même si le jury avait un doute raisonnable sur la question de la provocation—question sur laquelle il aurait dû recevoir des directives et n'en a pas reçu—l'accusé avait le droit d'en bénéficier et de voir l'accusation de meurtre réduite à celle d'homicide involontaire coupable.

Je ne traiterai pas plus à fond des faits et du droit relatifs à la provocation; je me contente d'adopter ce qu'a dit madame le juge Wilson à ce sujet.

Ceci m'amène à la question de savoir si c'est à bon droit que la majorité a appliqué le sous-al. 613(1)b)(iii) pour remédier aux vices de l'exposé du juge du procès. Pareille application a été refusée dans l'arrêt *Linney c. La Reine*³; selon le juge

² [1974] S.C.R. 449.

³ [1978] 1 S.C.R. 646, 32 C.C.C. (2d) 294.

² [1974] R.C.S. 449.

³ [1978] R.C.S. 646, 32 C.C.C. (2d) 294.

this was because the evidence of provocation was strong in that case as contrasted with the weak evidence here. This does not appear to me to be a justifiable distinction, especially when in *Linney* the only defect in the charge to the jury which constituted reversible error was the trial Judge's failure to relate reasonable doubt to provocation. Here there were other defects in the charge, already noted above, but, apart from this, I cannot be persuaded that it is ever proper to apply s. 613(1)(b)(iii) to cure a defective charge on an issue touching culpability, once it is concluded that there is evidence on that issue fit to go to the jury.

In my opinion, the appeal should be allowed and a new trial ordered. One of the distressing features of this case is the length of time it has taken to bring it here. I have pointed to the date of the alleged offence, November 2, 1972, the date of conviction, February 18, 1974, the date October 17, 1975 (showing a long delay) of the notice of appeal to the Court of Appeal and I have referred to the lapse of more than a year before a supplementary notice of appeal was filed on January 28, 1977. My surmise is that legal aid proceedings accounted for some of the delay in the appeal process below. More expedition should be expected both from counsel and from legal aid in criminal matters.

The judgment of Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte and McIntyre was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant appeals against his conviction for non-capital murder on February 18, 1974, at Windsor, Ontario. His appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed on December 1, 1977, Dubin and Martin J.J.A., (Wilson J.A. dissenting). This appeal comes before this Court by virtue of s. 618(1)(a) of the *Criminal Code* upon two grounds raised in the dissenting judgment of Wilson J.A. which are set out hereunder:

Martin, c'est parce que dans cette affaire-là la preuve de provocation était forte alors qu'elle est faible en l'espèce. A mon sens, cela ne constitue pas une distinction justifiée, en particulier parce que dans l'affaire *Linney*, le seul vice de l'exposé au jury, qui constituait une erreur donnant lieu à cassation, était l'omission du juge du procès de relier le doute raisonnable à la provocation. En l'espèce l'exposé contient d'autres vices déjà mentionnés, mais, par ailleurs, on ne peut me convaincre qu'il est approprié d'appliquer le sous-al. 613(1)b)(iii) pour remédier à un exposé défectueux sur une question qui touche la culpabilité, une fois que l'on a conclu à l'existence d'une preuve y afférente susceptible d'être soumise au jury.

A mon avis le pourvoi doit être accueilli et un nouveau procès ordonné. Un des éléments affligeants de cette affaire est le délai qu'elle a mis à être portée ici. J'ai indiqué la date de l'infraction alléguée, le 2 novembre 1972, la date de la déclaration de culpabilité, le 18 février 1974, la date de l'avis d'appel à la Cour d'appel, le 17 octobre 1975 (soit un grand retard), et j'ai mentionné le délai de plus d'un an avant qu'un avis supplémentaire d'appel ne soit produit le 28 janvier 1977. Je suppose que les procédures d'aide juridique sont responsables d'une partie du retard dans le processus d'appel dans la cour d'instance inférieure. Les avocats de même que l'aide juridique devraient faire montre de plus de diligence dans les affaires criminelles.

Version française du jugement des juges Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, Pratte et McIntyre rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'appelant se pourvoit contre sa déclaration de culpabilité de meurtre non qualifié prononcée le 18 février 1974 à Windsor (Ontario). En Cour d'appel de l'Ontario, les juges Dubin et Martin ont rejeté son appel le 1^{er} décembre 1977 (le juge Wilson est dissident). Ce pourvoi est soumis à cette Cour conformément à l'al. 618(1)a) du *Code criminel* sur les deux moyens suivants soulevés dans le jugement dissident du juge Wilson:

1. That the learned trial judge's failure to direct the jury that, if there was a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, they should consider the influence of drugs on the accused in deciding whether in fact he was or might have been responding to provocation was non-direction amounting to misdirection and,
2. It could not be said in the circumstances that no substantial wrong or miscarriage of justice resulted therefrom,
and on broader terms by leave granted February 20, 1978.

The broader grounds allege that the trial judge erred in that he did not instruct the jury on the law relating to the treatment of accomplices' evidence; that there was error in responding to the jury's request to have the evidence of a witness read back after they had commenced their deliberations; and that the Court of Appeal was in error in dismissing the appellant's motion to adduce fresh evidence pursuant to s. 610 of the *Criminal Code* on the hearing of the appeal.

The facts are well set out in the judgment of Martin J.A. for the majority of the Court of Appeal. On November 1, 1972, several people gathered in the apartment in Windsor of one Thornton. Thornton was said to be a dealer in drugs and his apartment was frequently used as a drug house or resort of drug users. A variety of illicit drugs was used on that occasion. All or most of those present used marijuana, barbiturates, amphetamines and heroin in varying amounts and combinations. A principal Crown witness named Catherine Dwyer arrived at about 7:00 p.m. with a young sister aged seventeen. Thornton, Philip Cloutier, and John Baylis were there upon her arrival. The appellant arrived about 8:00 p.m. He was known to Dwyer who had met him on previous visits to Thornton's apartment. Shortly after arrival, the appellant produced a revolver which he began to clean. About one-half hour later, Larry Lamont, described by Dwyer as the appellant's partner, arrived. At about 11:00 p.m., Dwyer and her sister left the apartment and at this time, Patterson, the deceased, arrived. Dwyer said she heard the appellant say "He didn't like damn

[TRADUCTION]

1. L'omission du juge du procès d'exposer au jury que, s'il y avait une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, il devait tenir compte de l'influence de drogues sur l'accusé pour décider si en fait il a agi ou a pu agir en réponse à la provocation, constituait une absence de directive équivalant à une directive erronée et
2. Dans les circonstances, on ne peut prétendre qu'aucun tort important ou erreur judiciaire grave n'en a résulté,
et dans les termes plus larges de l'autorisation accordée le 20 février 1978.

Ces moyens plus larges sont que le juge du procès a commis une erreur en n'exposant pas au jury le droit relatif à la façon de considérer des témoignages de complices; qu'accéder à la demande du jury que soit relu le témoignage d'un témoin après le début des délibérations constitue une erreur; et que la Cour d'appel a commis une erreur en rejetant la requête de l'appelant visant à produire à l'audition de l'appel de nouveaux éléments de preuve conformément à l'art. 610 du *Code criminel*.

Le juge Martin expose bien les faits dans les motifs de la majorité en Cour d'appel. Le 1^{er} novembre 1972, plusieurs personnes se sont réunies dans l'appartement d'un nommé Thornton à Windsor. Thornton avait la réputation de faire le trafic de drogues et son appartement servait fréquemment de lieu de rencontre ou de séjour à des narcomanes. À cette occasion plusieurs drogues illicites ont été consommées. Toutes les personnes présentes ou la plupart d'entre elles ont consommé de la marihuana, des barbituriques, des amphétamines et de l'héroïne en quantités et combinaisons variées. Le principal témoin du ministère public, Catherine Dwyer, est arrivé vers 19h avec sa jeune sœur de dix-sept ans. Thornton, Philip Cloutier et John Baylis étaient présents à son arrivée. L'appelant est arrivé vers 20h. Dwyer le connaissait car elle l'avait rencontré à l'occasion de visites antérieures à l'appartement de Thornton. Peu après son arrivée, l'appelant a sorti un revolver qu'il a commencé à nettoyer. Environ une demi-heure plus tard, Larry Lamont, que Dwyer a décrit comme le partenaire de l'appelant, est arrivé. Vers 23h Dwyer et sa sœur ont quitté l'appartement et

"Yankees". He was apparently referring to the deceased who lived in Detroit.

Miss Dwyer returned to Thornton's apartment about 1:00 a.m. on November 2nd. Her sister wanted to use the bedroom of the apartment to do her school homework. When Dwyer and her sister entered the bedroom they found the appellant who, according to Dwyer, was "stoned", that is, severely intoxicated from barbiturates. He wanted to use a phone which was in the room but was unable to dial the number. Dwyer dialed it for him but he was apparently unable to complete a conversation, dozing off to sleep and generally appearing to be in a near comatose condition. Dwyer then went to the den in the apartment with the appellant, leaving her sister in the bedroom. The appellant left the den and entered the dining room where the deceased and one Margaret Rau were sitting at the table. The appellant called the deceased a "two-bit dope peddler" and spoke words to the effect that "I am a better drug dealer than you are". Dwyer said that the appellant seemed aggressive and that the deceased appeared to be trying to "keep Olbey, the appellant, cool" and to avoid "harassing him in any way". The appellant left shortly and went into the den. Dwyer then went into the kitchen to wash dirty dishes. She returned to the den shortly and spoke with the appellant. She said he was still very stoned.

About 2:00 a.m. Thornton and Margaret Rau left to get some food. On their return the food was eaten in the dining room. Then Dwyer commenced to clean up. She was in the kitchen doing dishes when she heard the deceased call the appellant a "two-bit punk" or "a two-bit nigger punk". She heard a chair falling and she stepped back so she could see into the dining room. She said that she saw the appellant holding a gun pointing it at the deceased. The deceased and the appellant were about eight feet apart and she saw the appellant

à ce moment, Patterson, la victime, est arrivé. Dwyer a dit avoir entendu l'appelant dire que [TRADUCTION] «Il n'aimait pas ces maudits Yankees». Il faisait apparemment référence à la victime qui habitait Detroit.

Mme Dwyer est retournée à l'appartement de Thornton vers 1h le 2 novembre. Sa sœur voulait utiliser la chambre de l'appartement pour y faire ses devoirs. Lorsque Dwyer et sa sœur sont entrées dans la chambre, elles ont trouvé l'appelant qui, selon Dwyer, était «gelé», c'est-à-dire sérieusement intoxiqué par des barbituriques. Il voulait utiliser un téléphone qui se trouvait dans la chambre, mais était incapable de composer le numéro. Dwyer l'a composé pour lui mais il était apparemment incapable de tenir une conversation car il s'assoupissait et donnait tous les signes d'un état quasi comateux. Dwyer s'est alors rendue dans le petit bureau de l'appartement avec l'appelant, laissant sa sœur dans la chambre. L'appelant a quitté cette pièce et est allé dans la salle à manger où la victime et une nommée Margaret Rau étaient assises à la table. L'appelant a traité la victime de [TRADUCTION] «petit trafiquant de drogues» et a employé des termes qui signifiaient [TRADUCTION] «Je suis un meilleur marchand de drogues que toi». Dwyer a dit que l'appelant semblait agressif et que la victime paraissait essayer de [TRADUCTION] «faire garder son calme à Olbey, l'appelant» et d'éviter [TRADUCTION] «de le tarabuster de quelque façon». L'appelant est sorti brièvement et s'est rendu dans le petit bureau. Dwyer est alors allée dans la cuisine pour faire la vaisselle. Elle est retournée dans le petit bureau brièvement et a parlé à l'appelant. Elle a dit qu'il était encore très gelé.

Vers 2h, Thornton et Margaret Rau sont partis chercher à manger. A leur retour, ils ont mangé dans la salle à manger. Dwyer a alors commencé à nettoyer. Elle se trouvait dans la cuisine et y faisait la vaisselle quand elle a entendu la victime traiter l'appelant de [TRADUCTION] «petit voyou» ou «petit voyou de nègre». Elle a entendu une chaise tomber et s'est reculée pour voir dans la salle à manger. Elle a dit avoir vu l'appelant tenir une arme qu'il pointait vers la victime. La victime et l'appelant étaient à environ huit pieds l'un de

fire a shot. It seemed to spin the deceased around so he was facing the appellant. The deceased clutched his stomach and started walking or staggering towards the appellant. The appellant took a couple of steps back and fired a second time. The deceased turned completely around and fell to the floor upon his back. The appellant then fired a third shot at the deceased while he lay on the floor. Dwyer estimated that all three shots were fired within a period of five to six seconds. She said that the shooting took place about 3:00 a.m. and she also swore that there was an interval of four or five minutes between the time the deceased made the insulting remark or remarks to the appellant and the time she observed the first shot being fired. In cross-examination, she said that the outward signs of drug intoxication she had observed on the appellant at about 1:00 a.m. had diminished by 3:00 a.m. In answer to a question from the bench regarding the appellant's condition between 2:00 and 3:00 a.m., she said "from what I could see he was very much in control of what he was doing". She also said the deceased called the appellant a "two-bit nigger punk" after being "harassed" by the appellant. She said the appellant appeared to be the aggressor. She said she was normal by 2:00 a.m. but admitted that in the evening she had smoked five or six marijuana cigarettes sharing them with others present and that she had taken "three valiums" over an eight-hour period.

There can be no doubt that the deceased died almost immediately from bullet wounds. After the shooting, again according to Dwyer, the appellant said that "nobody is calling anybody" in response to a suggestion that an ambulance be called and, that he tore the telephone cord from the wall. He said if he went to jail he had friends who would "take care of" these people. Dwyer considered this a threat uttered to enforce silence.

After some discussion, the body was put into the deceased's car and it was taken to an open field in the nearby countryside. A fruitless attempt was made to burn the car with the appellant's body in it. Lamont then attempted to deface the body by beating it with a tire iron. The body was then left

l'autre et elle a vu l'appelant tirer un coup. Le coup a semblé faire pivoter la victime de sorte qu'elle faisait face à l'appelant. La victime s'est serré le ventre et a commencé à marcher ou trébucher vers l'appelant. L'appelant a reculé de quelques pas et a tiré une deuxième fois. La victime s'est retournée complètement et s'est écroulée sur le dos. L'appelant a alors tiré un troisième coup sur la victime qui gisait sur le plancher. Dwyer a estimé que les trois coups ont été tirés dans un laps de temps de cinq à six secondes. Elle a dit que la fusillade a eu lieu vers 3h et a aussi juré qu'il s'était écoulé quatre ou cinq minutes entre le moment où la victime a insulté l'appelant à une ou plusieurs reprises et celui où le premier coup a été tiré. En contre-interrogatoire, elle a dit que les symptômes extérieurs d'intoxication par la drogue qu'elle avait observés chez l'appelant vers 1h avaient diminué à 3h. En réponse à une question du juge concernant l'état de l'appelant entre 2h et 3h, elle a dit [TRADUCTION] «à ce que j'ai pu voir, il contrôlait tout à fait bien ce qu'il faisait». Elle a aussi dit que la victime a traité l'appelant de [TRADUCTION] «petit voyou de nègre» après avoir été «tarabustée» par lui. Elle a dit que l'appelant paraissait être l'agresseur. Elle a dit qu'elle était redevenue dans son état normal à 2h mais a admis que dans la soirée elle avait fumé cinq ou six cigarettes de marihuana en les partageant avec d'autres personnes et qu'elle avait pris «trois valiums» au cours d'une période de huit heures.

Il n'y a aucun doute que la victime est morte presque immédiatement des blessures causées par les balles. Après la fusillade, toujours selon Dwyer, l'appelant a dit [TRADUCTION] «personne n'appelle qui que ce soit» en réponse à une suggestion d'appeler une ambulance, et il a arraché du mur le fil du téléphone. Il a dit que s'il allait en prison, il avait des amis qui [TRADUCTION] «s'occuperaient» de ces gens. Dwyer a considéré cela comme une menace proférée pour obtenir le silence.

Après discussion, le corps a été mis dans la voiture de la victime qu'on a conduite dans un champ dans la campagne avoisinante. On a tenté sans succès de brûler la voiture contenant le corps de la victime. Lamont a alors essayé de défigurer le corps en le frappant avec un cric. Le corps a

in the car where it was eventually found. Baylis, who was called as a Crown witness, followed in another vehicle, the car which carried the body and he brought Lamont and the appellant back to Windsor. They remained at Baylis's apartment the remainder of the night before going their separate ways the following day. Dwyer remained in Thornton's apartment until about noon the next day when she was arrested by the police. She explained her waiting there by saying that she had been told to clean up and remove blood stains, which she did in fear of retaliation by the appellant.

The appellant gave evidence on his own behalf. He said that he had met the deceased once before in another dope house. He had seen the deceased carrying a gun on that occasion. During the month of October, before the killing, friends had told him that the deceased had accepted a contract to kill him. He denied that he was a drug dealer. He said that he had received threats over the telephone. He said that he had been shot in the spring of 1972, before he met the deceased, and that the house in which he rented accommodation had burned down about two weeks before the killing. He considered all these circumstances suspicious and he had purchased a gun for his protection. He had taken barbiturates earlier in the day on December 1st before going to the Thornton apartment. He had developed, he said, a tolerance to barbiturates and required them to function normally. He was "high" when he went to Thornton's apartment. He said that he saw the deceased sitting at the dining room table and that the deceased said "You didn't burn in the house but you are about to burn in hell". The deceased added that "if he was smart" he would "get his little punk ass out of town". The appellant replied "No two-bit Yankee dope dealer is going to run me out of town". He described the killing by saying that someone had called him into the dining room. He got into an argument with the deceased. The deceased came towards him. He was afraid of the deceased because of his size and he punched at him. The deceased grabbed him. During the scuffle, the deceased tried to put a bear hug on him. He pushed the deceased back towards the bathroom. The deceased then said "I am going to kill you punk" and started reaching inside his sweater. The appellant then shot him believing

alors été abandonné dans la voiture où il a finalement été découvert. Baylis, qui a témoigné pour le ministère public, suivait dans un autre véhicule la voiture qui transportait le corps et il a ramené Lamont et l'appelant à Windsor. Ils sont demeurés chez Baylis le reste de la nuit avant de se séparer le lendemain. Dwyer est restée à l'appartement de Thornton jusque vers midi le lendemain lorsque la police a procédé à son arrestation. Elle a expliqué qu'elle était restée là parce qu'on lui avait dit de nettoyer et d'enlever les taches de sang, ce qu'elle a fait par crainte de représailles de l'appelant.

L'appelant a témoigné pour sa propre défense. Il a déclaré qu'il avait rencontré la victime une fois auparavant dans une autre maison de drogues. A cette occasion il avait vu que la victime portait une arme. Durant le mois d'octobre, avant le meurtre, des amis lui avaient dit que la victime s'était engagée à le tuer. Il a nié être un trafiquant de drogues. Il a dit avoir reçu des menaces au téléphone. Il a dit que l'on avait tiré sur lui au printemps de 1972, avant qu'il ne rencontre la victime, et que la maison où il était locataire avait brûlé environ deux semaines avant le meurtre. Il considérait tous ces événements suspects et avait acheté un pistolet pour se protéger. Il avait consommé des barbituriques plus tôt dans la journée du 1^{er} décembre avant de se rendre à l'appartement de Thornton. Il avait développé, a-t-il dit, une tolérance aux barbituriques et en avait besoin pour fonctionner normalement. Il était [TRADUCTION] «en orbite» lorsqu'il s'est rendu à l'appartement de Thornton. Il a dit avoir vu la victime assise à la table de la salle à manger et que celle-ci lui a dit [TRADUCTION] «Tu n'as pas brûlé dans la maison mais tu vas bientôt brûler en enfer». La victime a ajouté que [TRADUCTION] «s'il était malin» il «débarasserait la ville de sa petite gueule de voyou». L'appelant a répondu [TRADUCTION] «Ce n'est pas un petit trafiquant de drogues Yankee qui me chassera de la ville». Il a décrit le meurtre en disant que quelqu'un l'avait appelé à la salle à manger. Il a eu une altercation avec la victime. La victime est venue vers lui. Il en avait peur à cause de sa taille et il lui a donné un coup de poing. La victime l'a attrapé. Pendant la bagarre, elle a tenté de l'écraser entre ses bras. Il l'a repoussée vers la salle de bain. La victime a alors dit [TRADUC-

that the deceased was reaching for a weapon. The deceased, with his hand still in the sweater, continued to come towards him. The appellant shot again. He said he didn't know how many times he pulled the trigger. He said he was "really stoned". He then said he frisked the deceased for a weapon and discovered he didn't have one.

It will be seen at once that the appellant's version is fundamentally different from that of Dwyer. It will also be seen that his account of the shooting described in great detail, despite his assertion that he was "really stoned", a killing in self-defence not one in response to sudden provocation.

At trial, the appellant relied upon self-defence. The defence of provocation was not argued and counsel for the appellant did not ask the trial judge to direct the jury upon it. The defence relied upon the description of events given by the appellant to support the self-defence theory. The trial judge, in charging the jury, considered that there was evidence which would support the defence of provocation under s. 215 of the *Criminal Code*. He therefore put that defence to the jury notwithstanding that the defence had not been put upon that footing.

The first ground of appeal arises from the refusal of the Court of Appeal to receive new evidence upon the hearing of the appeal. The appellant's counsel moved to introduce new evidence at the outset of the appeal. The notice of motion sought to have the court hear the evidence of Gerald Tuck, who had been counsel for the appellant at trial; Dr. Eugene Leblanc, an official of the Department of Health of the Province of Ontario, concerning the effect of drug use on human behaviour; and Margaret Rau, a woman who had been present in the Thornton apartment when the killing occurred. The application was made under s. 610(1) which is reproduced hereunder:

610. (1) For the purposes of an appeal under this Part, the court of appeal may, where it considers it in the interests of justice,

TION] «Je vais te tuer, voyou» et a mis la main à l'intérieur de son gilet. L'appelant a alors tiré croyant que la victime tentait de prendre une arme. La victime, la main toujours dans l'ouverture de son gilet, a continué à s'avancer vers lui. L'appelant a tiré de nouveau. Il a dit ignorer combien de fois il a pressé la gachette. Il a dit qu'il était [TRADUCTION] «vraiment gelé». Il a alors dit avoir fouillé la victime à la recherche d'une arme et a découvert qu'elle n'en avait pas.

Il est évident que la version de l'appelant est fondamentalement différente de celle de Dwyer. Il est aussi évident que son récit du meurtre décrit très en détail, malgré son assertion qu'il était «vraiment gelé», un meurtre en état de légitime défense et non en réponse à une provocation soudaine.

Au procès, l'appelant s'est fondé sur la légitime défense. La défense de provocation n'a pas été plaidée et l'avocat de l'appelant n'a pas demandé au juge du procès de donner au jury des directives à cet égard. La défense s'est appuyée sur la description des événements donnée par l'appelant pour étayer la théorie de la légitime défense. Dans son exposé au jury, le juge du procès a considéré qu'il y avait une preuve qui pouvait fonder une défense de provocation en vertu de l'art. 215 du *Code criminel*. Il a donc soumis ce moyen de défense au jury bien que la défense ne l'ait pas invoqué.

Le premier moyen d'appel se fonde sur le refus de la Cour d'appel de recevoir de nouvelles dépositions à l'audition. L'avocat de l'appelant a présenté une demande en ce sens dès le début de l'appel. L'avis de requête visait à obtenir que la Cour entende la déposition de Gerald Tuck, qui avait été l'avocat de l'appelant au procès, du Dr Eugène Leblanc, un fonctionnaire du ministère de la Santé de la province de l'Ontario, au sujet de l'effet de l'usage de drogues sur le comportement humain, et de Margaret Rau, une femme qui se trouvait dans l'appartement de Thornton lorsque le meurtre a eu lieu. La requête a été présentée en vertu du par. 610(1) que voici:

610. (1) Aux fins d'un appel prévu par la présente Partie, la cour d'appel peut, lorsqu'elle l'estime dans l'intérêt de la justice,

- (a) order the production of any writing, exhibit, or other thing connected with the proceedings;
- (b) order any witness who would have been a compellable witness at the trial, whether or not he was called at the trial,
 - (i) to attend and be examined before the court of appeal, or
 - (ii) to be examined in the manner provided by rules of court before a judge of the court of appeal, or before any officer of the court of appeal or justice of the peace or other person appointed by the court of appeal for the purpose;
- (c) admit, as evidence, an examination that is taken under subparagraph (b)(ii);
- (d) receive the evidence, if tendered, of any witness, including the appellant, who is a competent but not compellable witness;
- (e) order that any question arising on the appeal that
 - (i) involves prolonged examination of writings or accounts, or scientific or local investigation, and
 - (ii) cannot in the opinion of the court of appeal conveniently be inquired into before the court of appeal,
 be referred for inquiry and report, in the manner provided by rules of court, to a special commissioner appointed by the court of appeal; and
- (f) act upon the report of a commissioner who is appointed under paragraph (e) in so far as the court of appeal thinks fit to do so.

The Court of Appeal dealt with this motion in a summary way. The motion was dismissed and the notice endorsed with the following words:

The majority of the court are of the view that no proper case had been made for the exercise of their discretion to review fresh evidence; Madam Justice Wilson is of the contrary view and would have heard the evidence.

The affidavits filed by the appellant's counsel at trial showed he had applied for an adjournment of the trial which commenced on February 11, 1974, to enable him to consult with and engage a psychiatrist to give evidence for the defence on the issue of the ability of the appellant to form an intent to kill or to cause bodily harm. He was refused the adjournment and he had to rely at trial on the evidence of Dwyer, adverse as she was, to form any basis for a defence based on the appellant's mental capacity. To repair this deficiency,

- a) ordonner la production de tout écrit, toute pièce ou autre chose se rattachant aux procédures;
- b) ordonner qu'un témoin qui aurait été un témoin contraignable lors du procès, qu'il ait été appelé ou non au procès,
 - (i) comparaître et soit interrogé devant la cour d'appel, ou
 - (ii) soit interrogé de la manière prévue par les règles de cour devant un juge de la cour d'appel, ou devant tout fonctionnaire de la cour d'appel ou un juge de paix ou autre personne nommée à cette fin par la cour d'appel;
- c) admettre, comme preuve, un interrogatoire recueilli aux termes du sous-alinéa b)(ii);
- d) recevoir la déposition, si elle a été offerte, de tout témoin, y compris l'appelant, qui est compétent pour témoigner mais non contraignable;
- e) ordonner que toute question surgissant à l'occasion de l'appel et qui
 - (i) comporte un examen prolongé d'écrits ou comptes, ou des recherches scientifiques ou locales, et
 - (ii) ne peut, de l'avis de la cour d'appel, être examinée commodément devant la cour d'appel,

soit déférée pour enquête et rapport, de la manière prévue par les règles de cour, à un commissaire spécial nommé par la cour d'appel; et

f) donner suite au rapport d'un commissaire nommé en vertu de l'alinéa e) dans la mesure où la cour d'appel estime opportun de le faire.

La Cour d'appel a disposé sommairement de cette requête. Elle l'a rejetée et a inscrit ce qui suit sur l'avis:

[TRADUCTION] La majorité de la cour est d'avis que l'on n'a pas démontré qu'elle devait exercer son pouvoir discrétionnaire de recevoir de nouvelles dépositions; madame le juge Wilson est d'avis contraire et aurait entendu la preuve.

Les affidavits produits par l'avocat de l'appelant au procès indiquent qu'il avait demandé un ajournement du procès, qui a commencé le 11 février 1974, pour lui permettre de consulter et d'embaucher un psychiatre qui témoignerait pour la défense au sujet de la capacité de l'appelant de former une intention de tuer ou de causer des blessures corporelles. L'ajournement lui a été refusé et il a dû, au procès, s'appuyer sur le témoignage de Dwyer, si hostile qu'elle ait été, pour donner quelque fondement à une défense

he sought to have the evidence of Dr. Leblanc introduced before the Court of Appeal. An examination of Dr. Leblanc's affidavit indicates that his evidence would go largely in contradiction of the evidence of Dwyer as to the mental capacity of the appellant on the issue of provocation. As such, it would be principally concerned with discrediting Dwyer's evidence. The affidavit of Margaret Rau also contradicts Dwyer's evidence in several particulars. In it she deposes that the deceased was looking for a fight and was the aggressive party but that she did not see the actual shooting. Her name was on the back of the indictment as a witness but she was not called by the Crown. She had been called at the preliminary hearing by the defence. Counsel swore in his affidavit that he had endeavoured to locate her during the trial but was unable to find her. He did not, however, ask for the assistance of the court in finding her nor did he indicate to the court that he wished to call her. Counsel at trial, on February 11, 1974, had been counsel for the appellant at his preliminary hearing on December 10, 1973, and had presumably received his instructions well before that date and had had sufficient time to prepare for the defence. I am not of the opinion that the Court of Appeal made any error in the exercise of its discretion under s. 610 of the *Criminal Code* and I would not give effect to this ground of appeal.

The evidence sought to be introduced in this motion does not meet the requirements established by this court in such authorities as *McMartin v. The Queen*⁴.

The appellant argues that the defence of provocation was improperly dealt with by the trial judge in his direction to the jury and by the majority of the Court of Appeal. This ground of appeal was expressed in the appellant's factum in these words:

Did the majority for the Court of Appeal for the Province of Ontario err in

- (1) finding that the failure of the learned trial judge to instruct the jury that they should take into consideration the evidence of the appellant's intoxication in assessing whether he acted on the sudden

⁴ [1964] S.C.R. 484.

basée sur l'état mental de l'appelant. Pour combler cette lacune, il a tenté de faire témoigner le Dr Leblanc en Cour d'appel. Un examen de l'affidavit du Dr Leblanc indique que sa déposition contredit en bonne partie le témoignage de Dwyer sur l'état mental de l'appelant quant à la provocation. Comme tel, il aurait principalement pour but de discréditer le témoignage de Dwyer. L'affidavit de Margaret Rau contredit également le témoignage de Dwyer sur plusieurs points. Elle y affirme que la victime cherchait la bagarre et était la personne agressive mais qu'elle n'a pas vu la fusillade elle-même. Son nom figure à l'endos de l'acte d'accusation comme témoin mais le ministère public ne l'a pas citée. La défense l'avait fait témoigner à l'enquête préliminaire. L'avocat a affirmé dans son affidavit qu'il avait tenté de la trouver pendant le procès mais sans succès. Il n'a cependant ni demandé l'aide de la Cour pour la trouver, ni indiqué à la Cour qu'il désirait la faire comparaître. L'avocat de l'appelant au procès, le 11 février 1974, était le même qu'à l'enquête préliminaire tenue le 10 décembre 1973 et on peut présumer que ses services avaient été retenus bien avant cette date et qu'il avait eu suffisamment de temps pour préparer la défense. Je ne suis pas d'avis que la Cour d'appel a commis d'erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu de l'art. 610 du *Code criminel* et je suis d'avis que ce moyen d'appel est irrecevable.

Les dépositions dont cette requête demandait la production ne répondent pas aux exigences établies par cette Cour dans des arrêts comme *McMartin c. La Reine*⁴.

L'appelant prétend que le juge du procès dans ses directives au jury et la majorité de la Cour d'appel n'ont pas traité correctement de la défense de provocation. Dans le factum de l'appelant, ce moyen d'appel est exprimé en ces termes:

[TRADUCTION] La majorité de la Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en

- (1) concluant que l'omission du savant juge de première instance d'exposer au jury qu'il devait tenir compte de la preuve de l'intoxication de l'appelant pour décider s'il avait agi sur le coup et en réponse

⁴ [1964] R.C.S. 484.

and as a result of provocation was not a miscarriage of justice?

It will be recalled that the appellant did not raise the defence of provocation at trial but relied on self-defence. It may be observed here that at no time did the appellant say that he had been provoked into violent action by the words and conduct of the deceased. In fact, his description of events goes far to negate any suggestion of provocation. His evidence reveals an attack, described clearly and with some detail, to which he reacted, not on the sudden, but by defending himself. When, according to his evidence, he saw the deceased put his hand inside his sweater, he considered that the deceased was reaching for a gun and, in fear of his life, he shot and killed him. This describes a calculated and rational series of defensive acts, not a sudden reaction in the heat of passion. Nevertheless, the trial judge and the Court of Appeal considered there was some evidence of provocation which required the putting of that charge to the jury. I have read the evidence with care and find it difficult to reach a conclusion that there was any evidence of a wrongful act or insult of such nature as to be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control. Further, I was unable to find any evidence that the accused acted on the sudden before his passion cooled. However, since the direction was put, it should have been put correctly. Martin J.A., for the majority of the Court of Appeal, after making some minor criticisms of the charge on this point, said:

The failure of the trial judge, however, to instruct the jury that they were entitled to consider the appellant's condition with respect to intoxication on the issue whether he was deprived of his power of self-control, in the event they considered that there was a wrongful act or insult sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, constituted non-direction and it, therefore, becomes necessary to examine this error in the context of the trial to determine whether it resulted in a substantial wrong or miscarriage of justice.

Wilson J.A., while agreeing that there was error in the charge on this point, disagreed with the majority conclusion that no substantial wrong or miscarriage of justice resulted. The majority's

à une provocation, ne constituait pas une erreur judiciaire grave?

On se rappellera que l'appelant n'a pas soulevé la défense de provocation au procès mais s'est appuyé sur la légitime défense. On peut faire remarquer ici que l'appelant n'a jamais dit que les mots ou la conduite de la victime avaient provoqué son action violente. En réalité, sa description des événements contredit largement l'hypothèse de la provocation. Son témoignage révèle une agression, décrite clairement et en détail, à laquelle il a réagi, non sur le coup, mais en se défendant. Quand, selon son témoignage, il a vu la victime mettre la main à l'intérieur de son gilet, il a pensé qu'elle cherchait une arme et, craignant pour sa vie, il a tiré et l'a tuée. Ceci décrit une série d'actes défensifs rationnels et calculés, non une réaction impulsive dans un accès de colère. Néanmoins le juge du procès et la Cour d'appel ont considéré qu'il y avait des éléments de preuve de provocation qui exigeaient que l'on donne cette directive au jury. J'ai lu la preuve avec soin et je trouve difficile d'arriver à la conclusion qu'il y avait la moindre preuve d'une action injuste ou d'une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. De plus, je n'ai pu trouver aucune preuve que l'accusé a agi sur le coup avant d'avoir repris son sang-froid. Cependant, puisque la directive a été donnée, elle aurait dû l'être correctement. Après quelques critiques mineures de la directive sur ce point, le juge Martin a dit au nom de la majorité de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Cependant, l'omission du juge du procès d'exposer au jury qu'il pouvait tenir compte de l'état d'intoxication de l'appelant en déterminant s'il était privé du pouvoir de se maîtriser, dans l'hypothèse où il conclurait qu'il y avait eu une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, constitue une absence de directive et il devient donc nécessaire d'examiner cette erreur dans le contexte du procès pour décider si elle a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave.

Tout en convenant qu'il y avait une erreur dans les directives sur ce point, le juge Wilson était en désaccord avec la conclusion de la majorité qu'aucun tort important ou erreur judiciaire grave n'en

finding on this point was the basis of the appellant's attack.

It is clear that where the defence of provocation is put to the jury in circumstances where there is evidence of intoxication by drugs or alcohol of the defendant, the jury must be directed that they are entitled to consider and should consider what effect such intoxication, if they find it to exist, might have upon the accused. They should be told to consider whether his power of self-control had been affected to the point where he might be deprived, in whole or in part, of his normal ability to restrain himself in circumstances which could amount to provocation. Failure to charge upon this issue is misdirection and has been so regarded in such cases as *R. v. Harms*⁵ and *Taylor v. The King*⁶. The point is well summarized by Martin J.A. in *R. v. Haight*⁷, at p. 173:

The Supreme Court of Canada in *Taylor v. The King* (1947), 89 C.C.C. 209, [1948] 1 D.L.R. 545, [1947] S.C.R. 462, held that on a charge of murder where the defence of provocation is advanced, intoxication may be considered by the jury in the second branch of the inquiry, that is, whether the accused was actually deprived of the power of self-control by the provocation which he had received. I refer particularly to the judgment of Kellock, J. (with whom Taschereau, J., concurred), at pp. 223-5, and the judgment of Estey, J., at p. 229. That case has been frequently applied by provincial appellate Courts. I refer only to some of those cases: *R. v. Ouellette* (1950), 98 C.C.C. 153, 10 C.R. 397, [1950] 2 W.W.R. 875; *R. v. Swanson* (1950), 96 C.C.C. 227, 10 C.R. 81, [1950] 1 W.W.R. 1001; and *Abel v. The Queen* (1955), 115 C.C.C. 119, 23 C.R. 163, [1956] Que. Q.B. 89, and more recently by this Court in *R. v. Tennant and Nacaratto* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80, 7 O.R. (2d) 687, 31 C.R.N.S. 1.

Defence counsel requested the trial Judge to charge the jury in accordance with the principles enunciated in *Taylor v. The King, supra*. The application by defence counsel was vigorously opposed by Crown counsel (who I hasten to add was not Mr. Watt), and as a result the trial Judge did not instruct the jury that in deciding whether the accused was actually deprived of his power of self-control, they should take into consideration the

avait résulté. La décision de la majorité sur ce point est à la base de la contestation de l'appelant.

Il est clair que lorsque la défense de provocation est soumise au jury dans des circonstances où il y a une preuve d'intoxication du défendeur due à des drogues ou à l'alcool, il faut expliquer au jury qu'il a le droit de tenir compte et devrait tenir compte de l'effet que pareille intoxication, s'il conclut qu'elle existait, a pu avoir sur l'accusé. Il faut lui dire d'examiner si cela a influé sur le pouvoir de se maîtriser de l'accusé au point où il pourrait être privé, en totalité ou en partie, de sa capacité habituelle de se retenir dans des circonstances pouvant constituer une provocation. L'omission de donner des directives sur cette question constitue une directive erronée et c'est ainsi que les arrêts *R. v. Harms*⁵ et *Taylor c. Le Roi*⁶ l'ont considérée. Le juge Martin a bien résumé la question dans l'arrêt *R. v. Haight*⁷, à la p. 173:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Taylor c. Le Roi* (1947), 89 C.C.C. 209, [1948] 1 D.L.R. 545, [1947] R.C.S. 462, la Cour suprême du Canada a décidé que dans le cas d'une accusation de meurtre où l'on invoque la défense de provocation, le jury peut tenir compte de l'intoxication à la seconde étape de l'analyse, c'est-à-dire, de la question de savoir si l'accusé a réellement été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation dont il a été l'objet. Je renvoie en particulier à l'opinion du juge Kellock (à laquelle le juge Taschereau a souscrit) aux pp. 223 à 225, et à celle du juge Estey, à la p. 229. Cet arrêt a été fréquemment appliqué par les cours d'appel provinciales. Je cite seulement certains de ces arrêts: *R. v. Ouellette* (1950), 98 C.C.C. 153, 10 C.R. 397, [1950] 2 W.W.R. 875; *R. v. Swanson* (1950), 96 C.C.C. 227, 10 C.R. 81, [1950] 1 W.W.R. 1001; et *Abel c. La Reine* (1955), 115 C.C.C. 119, 23 C.R. 163, [1956] B.R. 89, et plus récemment celui de cette Cour dans *R. v. Tennant and Nacaratto* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80, 7 O.R. (2d) 687, 31 C.R.N.S. 1.

L'avocat de la défense a demandé au juge du procès de donner au jury des directives conformes aux principes énoncés dans l'arrêt *Taylor c. Le Roi*, précité. Le substitut du procureur général (je souligne que ce n'était pas M^e Watt) s'est vigoureusement opposé à la demande de l'avocat de la défense et finalement le juge du procès n'a pas exposé au jury que pour décider si l'accusé était réellement privé du pouvoir de se maîtriser, il devait

⁵ (1936), 66 C.C.C. 134 (Sask. C.A.).

⁶ [1947] S.C.R. 462.

⁷ (1976), 30 C.C.C. (2d) 168.

⁵ (1936), 66 C.C.C. 134 (C.A. Sask.).

⁶ [1947] R.C.S. 462.

⁷ (1976), 30 C.C.C. (2d) 168.

amount of liquor that he had consumed. We are all of the view that he erred in failing to direct the jury in accordance with the request that was made to him.

The trial judge was then in error in this respect and it must be considered whether the Court of Appeal was correct in applying the provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* to dismiss the appeal on the basis that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred.

I am in agreement with the majority of the Court of Appeal in their application of that section. In this case, there was little if any evidence to support the proposition that provocation had been given. There was no evidence from the appellant himself that he had been provoked and no assertion from him that he had responded on the sudden before his passion cooled. In fact, the evidence on this point revealed a lapse of time of four or five minutes from the time of the alleged insult to the firing of the first shot. He said he acted in self-defence. The evidence is all against provocation. Furthermore, as pointed out by Martin J.A., any evidence which could have supported the defence of provocation was bound up so closely with his evidence of the assault against him that when it was rejected by the jury, as it clearly was, there was no remaining basis for the defence of provocation. As I have indicated, I doubt that the appellant was entitled to have the issue of provocation go to the jury in this case. However, the direction in respect of this defence given by the trial judge did not have an adverse effect upon the appellant's position. The omission by the trial judge to deal with the evidence of intoxication is, in my opinion, not fatal to the conviction. In applying the test in *Colpitts v. The Queen*⁸, I am of the opinion that the result would not have been affected by reference to the evidence of the appellant's intoxication. This ground of appeal must fail.

I come now to the argument that both Baylis and Dwyer, as accessories after the fact, were accomplices and that the jury should have been instructed on the danger of convicting on their evidence in the absence of corroboration. As men-

tenir compte de la quantité d'alcool qu'il avait consommée. Nous sommes tous d'avis qu'il a commis une erreur en ne donnant pas au jury de directives conformes à la demande qui lui avait été faite.

Le juge du procès a donc commis une erreur à cet égard et il faut se demander si la Cour d'appel a eu raison d'appliquer les dispositions du sous-al. 613(1)b)(iii) du *Code criminel* pour rejeter l'appel au motif qu'il ne s'est produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave.

Je suis d'accord avec la façon dont la majorité de la Cour d'appel a appliqué cette disposition. En l'espèce, il n'y avait que peu de preuve, sinon aucune, à l'appui de l'hypothèse de la provocation. L'appelant lui-même n'a pas témoigné avoir été provoqué et il n'a pas affirmé avoir réagi sur le coup avant d'avoir repris son sang-froid. En fait, la preuve sur ce point révèle que quatre ou cinq minutes se sont écoulées entre la prétendue insulte et le premier coup de feu. Il a dit avoir agi en légitime défense. Toute la preuve contredit la provocation. De plus, comme l'a fait remarquer le juge Martin, toute preuve qui aurait pu fonder la défense de provocation était liée de si près à son témoignage sur l'agression dont il avait été l'objet que, lorsque le jury l'a rejeté, comme il l'a clairement fait, la défense de provocation n'avait plus aucun fondement. Comme je l'ai indiqué, je doute que l'appelant ait eu le droit de voir la question de provocation soumise au jury en l'espèce. Cependant, la directive du juge du procès sur cette défense n'a pas eu d'effet négatif sur la situation de l'appelant. L'omission du juge du procès de traiter de la preuve d'intoxication n'a pas, à mon avis, pour effet d'invalider la déclaration de culpabilité. Appliquant le critère énoncé dans l'arrêt *Colpitts c. La Reine*⁸, je suis d'avis qu'une mention de la preuve de l'intoxication de l'appelant n'aurait pas changé le résultat. Ce moyen d'appel doit échouer.

J'arrive maintenant à l'argument selon lequel Baylis et Dwyer, en tant que complices après le fait, sont des complices et que le jury aurait dû être averti du danger de fonder un verdict de culpabilité sur leur témoignage non corroboré.

⁸ [1965] S.C.R. 739.

⁸ [1965] R.C.S. 739.

tioned by Martin J.A., there was an abundance of evidence that Baylis was an accomplice as an accessory after the fact in that he assisted the appellant in the attempted disposal and concealment of the body and provided food, clothing and shelter for the appellant after the event. Counsel for the Crown conceded in the Court of Appeal that this issue, at least with respect to Baylis, should have been left to the jury. The evidence with respect to Dwyer was by no means as clear and I doubt if there was any which could fairly be said to support the proposition that she was an accomplice as an accessory after the fact. She was in no way connected with the killing and the only evidence which could support a conclusion that she was an accessory after the fact related to her cleaning up the blood stains after the body had been removed from the premises. However, for the purpose of resolving this point, I am prepared to assume that there was some evidence in her case which could have gone to the jury on this issue. Nevertheless, even on that assumption, I agree with the majority of the Court of Appeal that no substantial wrong or miscarriage of justice resulted because of the omission of any such direction. As far as Baylis is concerned, his evidence did not go to the actual killing. If he had never been called, or if the jury had disbelieved every word he said, it would not affect the weight of the Crown evidence as to the actual killing. As to events which occurred after the killing, of which he did give evidence, his evidence dealt only with the disposal and concealment of the body and with other peripheral matters which were not denied by the defence and which added little or nothing to the Crown's case. The omission of the charge in respect of Baylis would not have affected the outcome of the case. As to the witness Dwyer, her evidence was of vital concern to the Crown's case but her involvement as an accessory was tenuous and not connected with her evidence of the killing.

I agree with Martin J.A. when he said in this connection:

I am completely satisfied that any defect in the judge's charge because of his failure to leave with the jury the issue whether Miss Dwyer was an accomplice was not a substantial wrong to the accused and did not result in a miscarriage of justice.

Comme l'a mentionné le juge Martin, il y a une preuve abondante que Baylis est un complice après le fait, parce qu'il a aidé l'appelant dans la tentative de se débarrasser du corps et de le cacher, et qu'il a nourri, logé et vêtu l'appelant après le meurtre. Le substitut du procureur général a reconnu en Cour d'appel que cette question, du moins en ce qui a trait à Baylis, aurait dû être soumise au jury. La preuve concernant Dwyer est loin d'être aussi claire et je doute que l'on puisse raisonnablement dire qu'une preuve quelconque fonde la proposition qu'elle est complice en tant que complice après le fait. Elle n'est d'aucune façon reliée au meurtre et la seule preuve qui justifierait une conclusion qu'elle est un complice après le fait concerne le nettoyage des taches de sang, une fois le corps enlevé des lieux. Cependant, pour résoudre cette question, je suis prêt à présumer que dans son cas, des éléments de preuve auraient pu être soumis au jury sur ce point. Néanmoins, même dans ce cas, je suis d'accord avec la majorité de la Cour d'appel qu'aucun tort important ou erreur judiciaire grave n'a résulté de l'omission de donner pareille directive. Quant à Baylis, son témoignage ne porte pas sur le meurtre lui-même. S'il n'avait jamais témoigné, ou si le jury n'avait pas cru un mot de son témoignage, cela n'aurait pas modifié le poids de la preuve à charge sur le meurtre lui-même. Quant aux événements postérieurs au meurtre, sur lesquels il a témoigné, son témoignage ne porte que sur la destruction et la dissimulation du corps et d'autres questions secondaires que la défense n'a pas contestées et qui n'ajoutaient que peu ou rien à la preuve du ministère public. L'absence de directive à l'égard de Baylis n'aurait pas influé sur le résultat de l'affaire. Quant au témoin Dwyer, son témoignage est vital pour la preuve du ministère public, mais son implication comme complice après le fait est minime et n'est pas reliée à son témoignage sur le meurtre.

Je suis d'accord avec le juge Martin lorsqu'il dit à ce propos:

[TRADUCTION] Je suis entièrement convaincu que tout défaut dans l'exposé du juge résultant de son omission de soumettre au jury la question de la complicité de M^e Dwyer n'a pas causé un tort important à l'accusé et n'a pas eu pour résultat une erreur judiciaire grave.

This ground of appeal must also fail.

I now turn to the final ground of appeal. The appellant alleges that the trial judge erred in dealing with the request of the jury to have some evidence read back after they had commenced deliberation and, that the Court of Appeal erred in considering that the trial judge's handling of this matter did not result in any substantial wrong or miscarriage of justice. The problem arose in this way. The jury retired to consider its verdict at 1:22 p.m. After hearing counsel regarding certain objections to the charge, the jury was called back at 1:58 p.m. and the trial judge gave them further instructions to which no objection is taken here. The jury then retired for a second time at 2:00 p.m. At 3:02 p.m., the jury returned to the court-room and upon that occasion the following occurred:

HIS LORDSHIP: Gentlemen?

THE FOREMAN: Yes, my lord, we have a question to rehear the testimony by the accused as well as Catherine Dwyer.

HIS LORDSHIP: What? All the evidence?

THE FOREMAN: The salient points.

HIS LORDSHIP: We do not want to retry it. How much of her evidence do you want?

THE FOREMAN: The portion relating to Olbey's actions in the latter part of the evening, sir.

HIS LORDSHIP: You say the latter part of the evening. Are you speaking of after 2:00 o'clock, or so?

THE FOREMAN: No, sir. I think from approximately 12:30 on.

HIS LORDSHIP: 12:30. Do you want all of her evidence from the time she returned when she said about 1:00 a.m.?

THE FOREMAN: Yes, sir.

HIS LORDSHIP: You want all of her evidence read, examination and cross-examination, all of her evidence read?

THE FOREMAN: I think, sir, that in view of the fact that there seems to be a bit of doubt—

HIS LORDSHIP: No. Just answer my question. Do you want all of it read?

THE FOREMAN: Yes.

HIS LORDSHIP: I may say that not often is the evidence read back to you; I am going to accede since one of the counsel said that the evidence could be read back.

Ce moyen d'appel doit également échouer.

J'examine maintenant le dernier moyen d'appel. L'appelant prétend que le juge du procès a commis une erreur en disposant de la demande du jury qu'une partie de la preuve lui soit relue après qu'il eut commencé à délibérer, et que la Cour d'appel a commis une erreur en décidant que la façon dont le juge du procès en avait disposé n'a pas eu pour résultat un tort important ou une erreur judiciaire grave. Voici comment s'est posé le problème. Le jury s'est retiré pour délibérer à 13 h 22. Après avoir entendu certaines objections des avocats aux directives, le juge du procès a rappelé le jury à 13 h 58 et lui a donné d'autres directives qui ne sont pas contestées ici. Le jury s'est alors retiré pour la seconde fois à 14 h. A 15 h 02, le jury est revenu à la salle d'audience et voici ce qui s'est passé:

[TRADUCTION] SA SEIGNEURIE: Messieurs?

LE PRÉSIDENT DU JURY: Oui, Votre Seigneurie, nous désirons entendre de nouveau le témoignage de l'accusé de même que celui de Catherine Dwyer.

SA SEIGNEURIE: Comment? Tout le témoignage?

LE PRÉSIDENT: Les parties importantes.

SA SEIGNEURIE: Nous ne voulons pas recommencer le procès. Quelle partie de son témoignage voulez-vous?

LE PRÉSIDENT: La partie relative aux actes d'Olbey dans la dernière partie de la soirée.

SA SEIGNEURIE: Vous dites la dernière partie de la soirée. Voulez-vous dire après 2 ou à peu près?

LE PRÉSIDENT: Non. A partir d'environ minuit et demi je crois.

SA SEIGNEURIE: Minuit et demi. Voulez-vous tout son témoignage à partir du moment où elle est revenue quand elle a dit vers une heure du matin?

LE PRÉSIDENT: Oui, monsieur.

SA SEIGNEURIE: Vous voulez que tout son témoignage soit lu, interrogatoire et contre-interrogatoire, tout son témoignage?

LE PRÉSIDENT: Je crois que, vu qu'il semble y avoir certains doutes—

SA SEIGNEURIE: Non. Répondez seulement à ma question. Voulez-vous qu'il soit lu en entier?

LE PRÉSIDENT: Oui.

SA SEIGNEURIE: Je crois qu'il n'est pas fréquent que la preuve soit relue. Je vais accéder à votre demande puisque l'un des avocats a dit que les témoignages

Normally, we do not have the evidence read back and have the case retried, but we will.

Mr. Reporter, would you turn up the evidence of Catherine Dwyer to the point where she said that she got to Thornton's house about 1:00 a.m.

The court reporter commenced reading back evidence and stopped reading at 3:27 p.m. It is not clear from the transcript itself why he stopped, but up to that point he had read back evidence filling ten pages of the transcript which was reproduced before us.

The jury returned at 5:04 and required further direction on the question of intoxication as it relates to homicide. In answer to questions put to the trial judge, the foreman said the jury was not concerned with provocation, merely intoxication. He asked the judge, "Just as you read it from the law book". The judge then charged the jury with respect to drunkenness and the jury retired at 5:07. Neither counsel objected to this charge. The jury returned at 5:18 and gave their verdict convicting the appellant of murder.

Counsel for the appellant contended that the trial judge was in error in allowing only part of the evidence of Dwyer to be read back. He contended that when part of a witness's evidence is reread all the cross-examination or qualifying evidence should also be read so that the evidence will be put in its proper relation to the whole of the case and so that the evidence will not be isolated and given more emphasis and significance than it should have.

I am in agreement with this proposition, as was Martin J.A. in the Court of Appeal. He said:

I accept, of course, the proposition that where the jury requests that the evidence of a witness be read back, it is incumbent on the trial judge not to allow the jury to hear a part only of the evidence of the witness without also hearing those portions of the evidence of the witness, whether given in-chief or in cross-examination, which weaken or qualify the part read, even though the jury indicates that it does not wish to hear any more of the witness' evidence. Otherwise, the jury is not hearing

pouvaient être relus. Habituellement les témoignages ne sont pas relus et le procès recommencé, mais nous allons le faire.

M. le sténographe, voulez-vous lire le témoignage de Catherine Dwyer à partir du moment où elle a dit qu'elle était retournée à la maison de Thornton vers une heure du matin.

Le sténographe judiciaire a commencé à relire le témoignage et s'est arrêté à 15 h 27. La transcription elle-même n'indique pas clairement pourquoi il s'est arrêté, mais à ce moment-là, il avait relu dix pages de la transcription qui a été produite devant nous.

Le jury est revenu à 17h04 et a demandé des directives additionnelles sur la question de l'intoxication dans le contexte de l'homicide. Aux questions posées par le juge, le président du jury a répondu que le jury ne se préoccupait pas de la provocation mais simplement de l'intoxication. Il a demandé au juge [TRADUCTION] «Simplement ce que vous avez lu dans le livre de droit». Le juge a alors donné au jury des directives relatives à l'ivresse et le jury s'est retiré à 17h07. Aucun des avocats ne s'est opposé à ces directives. Le jury est revenu à 17h18 et a rendu un verdict de culpabilité de meurtre contre l'appelant.

L'avocat de l'appelant a soutenu que le juge du procès a commis une erreur en permettant la lecture d'une partie seulement du témoignage de Dwyer. Il a soutenu que lorsqu'une partie d'un témoignage est relue, tout le contre-interrogatoire ou la preuve pertinente devrait également l'être afin de bien situer le témoignage par rapport à l'ensemble de l'affaire et afin qu'il ne soit pas sorti de son contexte ni ne reçoive plus d'importance et de portée qu'il ne doit en avoir.

Je suis d'accord avec cette proposition, comme l'a été le juge Martin en Cour d'appel. Il a dit:

[TRADUCTION] J'accepte, bien sûr, la proposition que lorsque le jury demande qu'un témoignage lui soit relu, le juge du procès a le devoir de ne pas lui permettre d'en entendre une partie seulement sans entendre également les parties, qu'il s'agisse de l'interrogatoire principal ou du contre-interrogatoire, qui affaiblissent ou restreignent la partie lue, même si le jury indique qu'il ne souhaite entendre rien de plus. Autrement le jury n'entend pas la déposition du témoin, mais simplement une

the evidence of the witness, but only an incomplete, or even an inaccurate account of his or her testimony.

This view is well supported in the authorities: see *R. v. Wydryk and Wilkie*⁹, *R. v. Bell, Christiansen, Coolen and MacDonald*¹⁰, *R. v. Stewart and Johnson*¹¹, *R. v. Smith, Sauvé and George*¹².

It is necessary to examine what occurred in this case. The transcript does not make clear why the reading back of the evidence of Dwyer ceased. By agreement, an affidavit dated February 14, 1977, of one Terrance Corcoran, who was the Supreme Court reporter involved in the trial, was produced. Counsel for the appellant was allowed to cross-examine on the affidavit and counsel for the Crown re-examined. The affidavit is reproduced hereunder:

AFFIDAVIT

I Terrance Corcoran, a duly qualified Supreme Court Reporter, make oath and say as follows:

1. That I was the Official Court Reporter during the trial of the matter before the Honourable Mr. Justice Callon in Windsor, Ontario in February of 1974;
2. That on Monday, the 14th day of February, 1977, I was asked by the Crown Attorney to refer to my original notes in the matter;
3. That I was asked in particular to refer to any notes I might have as to what occurred when the jury returned to the Courtroom and requested that certain evidence be read back to them;
4. That I complied with this request and found that my notes indicated that after I had re-read to the jury the portion of the examination-in-chief of the Crown witness C. Dwyer as it appears in Vol. 6 at pages 1192 to 1202 of the Transcript, the jury foreman indicated that the jury did not wish to hear any more, and that it was not necessary to have the remainder of the witness C. Dwyer's evidence, nor the evidence of the Appellant read back to them;
5. That after this indication was given by the jury foreman, no further evidence was re-read to them;
6. And that this indication by the jury was inadvertently omitted from the original transcript. The remark did not in fact get transcribed as I was in the witness box reading the evidence at the time the remarks were made.

version incomplète, ou même inexacte, du témoignage.

La jurisprudence appuie largement cette opinion: voir *R. v. Wydryk and Wilkie*⁹, *R. v. Bell, Christiansen, Coolen and MacDonald*¹⁰, *R. v. Stewart and Johnson*¹¹, *R. v. Smith, Sauvé and George*¹².

Il est nécessaire d'examiner ce qui s'est produit en l'espèce. La transcription n'indique pas clairement pourquoi la relecture du témoignage de Dwyer a pris fin. De consentement, on a produit un affidavit en date du 14 février 1977, d'un nommé Terrance Corcoran, qui était le sténographe de la Cour suprême au procès. L'avocat de l'appelant a pu contre-interroger sur l'affidavit et le substitut du procureur général a pu interroger de nouveau. Voici cet affidavit:

[TRADUCTION] AFFIDAVIT

Je, Terrance Corcoran, sténographe de la Cour suprême, étant dûment asserventé, déclare ce qui suit:

1. Que j'étais le sténographe officiel de la Cour durant le procès en cause devant l'honorables juges Callon à Windsor (Ontario) en février 1974;
2. que le lundi 14 février 1977, le substitut du procureur général m'a demandé de me reporter à mes notes originales dans l'affaire en cause;
3. Qu'on m'a demandé en particulier de me reporter à mes notes sur ce qui s'est produit lorsque le jury est revenu à la salle d'audience et a demandé que lui soient relus certains témoignages;
4. Que je me suis conformé à cette demande et ai trouvé dans mes notes qu'après que j'eus relu au jury la partie de l'interrogatoire principal du témoin du ministère public C. Dwyer qui figure aux pages 1192 à 1202 du Volume 6 de la transcription, le président du jury a indiqué que le jury ne désirait pas entendre davantage, et qu'il n'était pas nécessaire de lui relire le reste du témoignage de C. Dwyer, ni celui de l'appelant;
5. Qu'après que le président du jury eut donné cette indication, aucun autre témoignage n'a été relu au jury;
6. Et que cette indication par le jury a été omise de la transcription originale par erreur. La remarque n'a pas été transcrise parce qu'au moment où elle a été faite j'étais à la barre des témoins pour y lire le témoignage.

⁹ (1972), 17 C.R.N.S. 336 (B.C.C.A.).

¹⁰ (1975), 28 C.R.N.S. 55 (N.S.C.A.).

¹¹ (1968), 5 C.R.N.S. 75 (B.C.C.A.).

¹² (1976), 25 C.C.C. (2d) 270 (B.C.C.A.).

⁹ (1972), 17 C.R.N.S. 336 (C.A. C.-B.).

¹⁰ (1975), 28 C.R.N.S. 55.

¹¹ (1968), 5 C.R.N.S. 75 (C.A. C.-B.).

¹² (1976), 25 C.C.C. (2d) 270 (C.A. C.-B.).

DATED at Toronto, this 14th day of February, 1977.

SWORN before me in the Judicial District of York in the Regional Municipality of Metropolitan Toronto on this 14th day of February, 1977.

(sgd.) Terrance M. Corcoran

(sgd.) Doherty—A Commissioner, etc.

The cross-examination did not affect the affadavit and it is evident that the jury, having heard part of the evidence reread, were satisfied with what they had heard and did not feel the need for further reading. The jury, in the result, had reread to them only a portion of the evidence of Dwyer consisting of part of her examination in-chief by Crown counsel. They did not request more. No cross-examination on this evidence was reread and no qualifying evidence from Dwyer or other witnesses was read. What was read was, from the Crown point of view, vital. It concerned Dwyer's description of the killing and forms the heart of the Crown's case.

There can be no doubt that the trial judge was in error in this matter. It would have been a relatively small matter to have the cross-examination of Dwyer on this part of her testimony read back. Furthermore, it would have been a simple matter to have read back Olbey's description of the killing or at least to have reminded the jury and recalled to their minds its essential features. It must, therefore, be considered if this error prejudiced the appellant by improperly influencing the jury's verdict, thereby resulting in a substantial wrong or miscarriage of justice.

To begin with, there was never any question as to the fact that the appellant did the killing. The only question raised was as to the nature of the killing. That is, did the appellant kill in self-defence or, as later left by the trial judge to the jury, under provocation? Any emphasis on Dwyer's evidence merely identifying the appellant as the killer could not, therefore, prejudice him. Her description of events excluded self-defence and was indeed vital to the Crown's case but I agree with Martin J.A. that in cross-examination her evidence was not shaken. Furthermore, the reading back of her cross-examination would, in

FAIT à Toronto, ce 14 février 1977.

DÉCLARÉ SOUS SERMENT devant moi dans le district judiciaire de York dans la Municipalité régionale du Toronto métropolitain ce 14 février 1977.

(Signature) Terrance M. Corcoran
(Signature) Doherty—Commissaire, etc.

Le contre-interrogatoire n'a pas affaibli l'affadavit et il est évident que le jury, auquel une partie du témoignage a été relue, en avait entendu assez et ne sentait pas le besoin que la lecture se poursuive. Le jury, en conséquence, ne s'est fait relire que la partie du témoignage de Dwyer constituée d'une partie de son interrogatoire principal par le substitut du procureur général. Il n'en a pas demandé davantage. Le contre-interrogatoire sur ce témoignage n'a pas été relu ni aucune déposition de Dwyer ou d'autres témoins y apportant des restrictions. Ce qui a été lu était, du point de vue du ministère public, vital. Il s'agit de la description du meurtre par Dwyer, ce qui est au cœur de la preuve du ministère public.

Il ne peut y avoir de doute que le juge du procès a commis une erreur sur ce point. Il aurait été relativement simple de faire relire le contre-interrogatoire de Dwyer sur cette partie de son témoignage. De plus il aurait été simple de faire relire la description du meurtre donnée par Olbey ou, du moins, d'en redire au jury les éléments essentiels ou de les lui rappeler. Il faut donc se demander si cette erreur a causé un préjudice à l'appelant par une influence indue sur le verdict du jury, ayant pour résultat un tort important ou une erreur judiciaire grave.

Tout d'abord, le fait que l'appelant a commis le meurtre n'a jamais été contesté. La seule question qui s'est posée est celle de la nature du meurtre, c'est-à-dire l'appelant a-t-il tué en légitime défense ou, comme le juge du procès l'a plus tard soumis au jury, en réponse à la provocation? L'accent mis sur le témoignage de Dwyer qui l'identifiait simplement comme le meurtrier ne pouvait donc lui causer de tort. Sa description des événements excluait la légitime défense et était évidemment vitale pour la preuve du ministère public, mais je suis d'accord avec le juge Martin qu'en contre-interrogatoire son témoignage n'a pas été ébranlé.

many respects have merely been a reiteration of her description of the killing and I cannot think that this would have advanced the appellant's cause. Furthermore, the defence of self-defence had been fairly put to the jury by the trial judge. They had been warned that they should consider the whole case and that if the evidence of the appellant raised a doubt in their minds they should acquit. Considering the whole of the evidence, the nature of the killing, and all the surrounding circumstances, including the significant fact that the jury did not wish to hear further testimony—the question which had arisen in their minds having been apparently answered—it is my opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice resulted from the error of the trial judge in this respect.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of the Province of Ontario, Toronto.

De plus, la relecture de son contre-interrogatoire, à maints égards, n'aurait été qu'une répétition de sa description du meurtre et je ne suis pas d'avis que cela aurait favorisé la cause de l'appelant. De plus, la défense de légitime défense avait été correctement soumise au jury par le juge du procès. Les jurés avaient été avertis qu'il leur fallait considérer toute la preuve et que si le témoignage de l'appelant soulevait un doute dans leur esprit, ils devaient l'acquitter. Compte tenu de l'ensemble de la preuve, de la nature du meurtre, et de toutes les circonstances en l'espèce, y compris le fait révélateur que les jurés ne souhaitaient pas entendre d'autres témoignages—ayant apparemment reçu la réponse à la question qui s'était soulevée dans leur esprit—je suis d'avis qu'aucun tort important ou erreur judiciaire n'a résulté de l'erreur du juge du procès à cet égard.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN étant dissident.

Procureurs de l'appelant: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province d'Ontario, Toronto.