

Lawrence Wilburn Corbett Appellant;

and

Her Majesty The Queen Respondent.

1973: December 12; 1973: December 21.

Present: Abbott, Martland, Judson, Spence, Pigeon, Laskin and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law—Conviction on charge of non-capital murder—Appeal—Application of s. 613(1) (a) (i) of the Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34.

The appellant was found guilty of non-capital murder. The essential witness for the Crown was the wife of the murdered man. She identified the accused at a line-up three days after her husband was killed, but there were some discrepancies between her statement of the facts and some relevant physical facts observed by other witnesses shortly after the crime. The Court of Appeal dismissed an appeal, and the only difference of opinion there was as to the application of s. 613 (1) (a) (i) of the *Criminal Code* which provides that a Court of Appeal may allow an appeal where it is of the opinion that the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence.

Held (Spence and Laskin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Abbott, Martland, Judson, Pigeon and Dickson JJ.: If the judges of the majority in the Court of Appeal had held that their function under s. 613(1)(a)(i) was only to decide whether there was evidence, this would be reversible error. The Court of Appeal must satisfy itself not only that there was evidence requiring the case to be submitted to the jury, but also that the weight of such evidence is not so weak that a verdict of guilty is unreasonable. This cannot be taken to mean that the Court of Appeal is to substitute its opinion for that of the jury. The word of the enactment is "unreasonable", not "unjustified". The jurors are the triers of the facts and their finding is not to be set aside because the judges in appeal do not think they would have made the same finding if sitting as jurors. This is only to be done if they come to the conclusion that the verdict is such that no twelve reasonable men could possibly have reached it acting judicially.

Lawrence Wilburn Corbett Appellant;

et

Sa Majesté La Reine Intimée.

1973: le 12 décembre; 1973: le 21 décembre.

Présents: Les Juges Abbott, Martland, Judson, Spence, Pigeon, Laskin et Dickson.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit criminel—Déclaration de culpabilité à l'égard d'une accusation de meurtre non qualifié—Appel—Application de l'art. 613(1) a) (i) du Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34.

L'appelant a été trouvé coupable de meurtre non qualifié. Le témoin principal de la poursuite était la femme de la victime. Elle a identifié l'accusé dans une parade d'identification trois jours après la mort de son mari, mais il y a quelques divergences entre sa déposition et certains faits matériels pertinents que d'autres témoins ont constatés peu après le crime. La Cour d'appel a rejeté l'appel et la seule divergence d'opinions a porté sur l'application du sous-al. (i) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 613 du *Code criminel* qui prévoit que la Cour d'appel peut admettre l'appel si elle est d'avis que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve.

Arrêt (les Juges Spence et Laskin étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les Juges Abbott, Martland, Judson, Pigeon et Dickson: Si les juges de la majorité en Cour d'appel avaient jugé que leur rôle en vertu du sous-al. (i) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 613 était seulement de déterminer s'il y avait preuve à l'appui du verdict, il y aurait là erreur donnant lieu à cassation. La Cour d'appel doit s'assurer non seulement qu'il existe une preuve exigeante que l'affaire soit soumise au jury, mais également que le poids de cette preuve n'est pas si faible qu'un verdict de culpabilité soit déraisonnable. Cela ne veut pas dire que la Cour d'appel doit substituer son opinion à celle du jury. Le texte de loi dit bien «déraisonnable», et non pas «injustifié». Ce sont les membres du jury qui jugent les faits et leur conclusion ne doit pas être écartée simplement parce que les juges de la Cour d'appel ne pensent pas qu'ils auraient eux-mêmes abouti à la même conclusion s'ils avaient siégé comme membres du jury. La conclusion du jury ne peut être rejetée que si la Cour d'appel arrive à la conclusion que le verdict est tel qu'aucun jury composé de douze hommes raisonnables jugeant de façon judiciaire n'aurait pu aboutir au verdict rendu.

Section 4(5) of the *Canada Evidence Act*, which provides that the failure of a person charged, to testify, "shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution", does not prevent the jury from taking the fact into account without being told. No one can reasonably think that a jury will fail, in reaching a verdict, to take into account the failure of the accused to testify. This being so, it is a fact properly to be considered by the Court of Appeal when dealing with the question: "Is this a reasonable verdict?"

Per Spence and Laskin JJ., dissenting: The difference between the question whether there is *any* evidence upon which a jury may convict and the question whether "the verdict is unreasonable or cannot be supported by *the evidence*" is not only the difference between s. 613(1)(a) (ii) and s. 613(1)(a)(i) but is the central matter that must engage the provincial appellate Court when its jurisdiction is invoked on an appeal from conviction on the grounds stated in s. 613(1)(a)(i). The majority of the Court of Appeal rested their dismissal of the accused's appeal on the ground that there was evidence upon which the jury could convict.

The jury must have treated the wife of the victim as a credible witness. But the credibility of a witness to a jury cannot alone invalidate the contention that their verdict is unreasonable or cannot be supported on the evidence as a whole. This was the mistake that the majority of the Court of Appeal made in their approach to s. 613(1)(a)(i). The members of a provincial appellate Court must weigh the evidence in bringing their own judgment to bear on the issue whether the jury's verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence and they are entitled to substitute their opinion for that of the jury on that issue.

Failure to testify, if it can have any significance at all on an appeal by an accused, can go only to the dismissal of the appeal on the ground that there was no substantial wrong or miscarriage of justice, a matter that is related not to s. 613(1)(a)(i) but to s. 613(1)(a)(ii) relating to a wrong decision on a question of law.

L'article 4(5) de la *Loi sur la preuve au Canada* qui porte que l'abstention d'une personne accusée de témoigner «ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou l'avocat de la poursuite», n'empêche pas le jury de tenir compte du fait sans qu'on le lui demande. Nul ne peut raisonnablement penser qu'un jury manquera, en rendant un verdict, de tenir compte de l'abstention de l'accusé de témoigner. Cela étant, il s'agit d'un fait que la Cour d'appel considère à bon droit lorsqu'elle répond à la question: «Est-ce là un verdict raisonnable?»

Les Juges Spence et Laskin, dissidents: La différence entre la question de savoir s'il y a *une* preuve sur laquelle le jury pouvait rendre son verdict et la question de savoir si «le verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur *la preuve*» n'est pas seulement la différence entre les sous-al. (ii) et (i) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 613, mais constitue la question centrale qui doit engager la Cour d'appel provinciale lorsque sa compétence est invoquée sur un appel d'une déclaration de culpabilité fondé sur les motifs énoncés au sous-al. (i) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 613. Là majorité de la Cour d'appel a basé le rejet de l'appel interjeté par l'accusé sur le motif qu'il y avait preuve sur laquelle le jury pouvait se fonder pour rendre un verdict de culpabilité.

Le jury a dû considérer la femme de la victime comme un témoin digne de foi. Mais le fait qu'un témoin soit, pour un jury, digne de foi, ne suffit pas à lui seul à infirmer la prétention suivant laquelle le verdict du jury est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve dans son ensemble. C'est là l'erreur que la majorité de la Cour d'appel a commise dans sa façon d'aborder le sous-al. (i) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 613. Les membres d'une cour d'appel provinciale doivent peser la preuve lorsque leur propre jugement se porte sur la question de savoir si le verdict du jury est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve et ils ont le droit, sur cette question, de remplacer l'opinion du jury par la leur.

L'abstention de rendre témoignage, si elle peut avoir une importance quelconque lors d'un appel interjeté par un accusé, peut seulement tendre vers le rejet de l'appel pour le motif d'absence de tort important ou d'erreur judiciaire, un motif qui est relié non pas au sous-al. (i) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 613, mais au sous-al. (ii), relatif à une décision erronée sur une question de droit.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, dismissing an appeal from a conviction on a charge of non-capital murder. Appeal dismissed, Spence and Laskin JJ. dissenting.

T. A. Dohm, Q.C., for the appellant.

W. G. Burke-Robertson, Q.C., for the respondent.

The judgment of Abbott, Martland, Judson, Pigeon and Dickson JJ. was delivered by

PIGEON J.—Appellant was found guilty of non-capital murder after a trial before Aikins J. and a jury at Prince George, B.C., on November 9, 1971. The essential witness for the Crown was the wife of the murdered man, one MacDonald. She was herself hit by three bullets fired at her by the murderer immediately after shooting her husband. She identified the accused at a line-up three days later, but there were some discrepancies between her statement of the facts and some relevant physical facts observed by other witnesses shortly after the crime.

In the Court of Appeal, there was unanimity as to the fairness of the address to the jury and the only question on which a difference of opinion arose was the application of subparagraph (a)(i) of s. 613.1 of the *Criminal Code*. This subparagraph provides that the Court of Appeal

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

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence.

The conclusion of the formal judgment of the Court of Appeal was:

THIS COURT DOTH ORDER AND ADJUDGE that the Motion for Leave to Appeal conviction aforesaid be and the same is hereby granted, the appeal from conviction aforesaid be and the same is hereby dismissed, the Honourable Mr. Justice Robertson who would have allowed the appeal dissenting

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, rejetant un appel interjeté à l'encontre d'une déclaration de culpabilité à l'égard d'une accusation de meurtre non qualifié. Le pourvoi est rejeté, les Juges Spence et Laskin étant dissidents.

T. A. Dohm, c.r., pour l'appelant.

W. G. Burke-Robertson, c.r., pour l'intimée.

Le jugement des Juges Abbott, Martland, Judson, Pigeon et Dickson a été rendu par

LE JUGE PIGEON—L'appelant a été trouvé coupable de meurtre non qualifié après un procès devant le Juge Aikins et un jury, à Prince-George, (Colombie-Britannique), le 9 novembre 1971. Le témoin principal de la poursuite était la femme de la victime, un nommé MacDonald. Elle a été elle-même atteinte de trois balles tirées sur elle par le meurtrier immédiatement après avoir abattu son mari. Elle a identifié l'accusé dans une parade d'identification trois jours plus tard, mais il y a quelques divergences entre sa déposition et certains faits matériels pertinents que d'autres témoins ont constatés peu après le crime.

La Cour d'appel a été unanime à juger équitable l'exposé fait au jury et la seule question sur laquelle il y a eu divergence d'opinions a été l'application du sous-al. (i) de l'al. a) de l'art. 613.1 du *Code criminel*. Cet alinéa porte que la Cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve.

La conclusion du jugement de la Cour d'appel est la suivante:

[TRADUCTION] CETTE COUR DÉCIDE ET ORDONNE: la requête en vue d'obtenir l'autorisation d'appeler de la déclaration de culpabilité susdite est par ces présentes accordée, l'appel de la déclaration de culpabilité susdite est par ces présentes rejeté; l'honorable Juge Robertson, qui aurait accueilli l'ap-

¹ [1973] 4 W.W.R. 234, 11 C.C.C. (2d) 137.

¹ [1973] 4 W.W.R. 234, 11 C.C.C. (2d) 137.

with respect to the function of the Court under subparagraph 613 (1)(a)(i) of the Criminal Code.

The appeal to this Court was taken under s. 618.1(a) whereby a person convicted may appeal "on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents".

In my view, the reasons for judgment delivered by Branca and Taggart JJ.A. for the majority, and by Robertson J.A. dissenting, clearly show that the dissent is not on a question of law but solely on the application of the law. This is why it was found impossible to specify the grounds of law for the dissent, as required by s. 606.

Counsel for the accused, in his thorough argument, was equally unable to formulate any question of law arising out of the dissent. Here is how he stated the issue in the memorandum summarizing his submissions:

The error in law alleged is that the majority of the Court of Appeal were wrong in their approach to their function under Section 613.

It is submitted that the majority did not reach their own conclusions on the weight of the evidence as they must do in an appeal under Section 613 (1)(a)(i).

The Appellant urges that he is by law entitled to have the Provincial Appellate Court arrive at its own opinion judicially under this Section after a review of all the evidence in the case.

It is not sufficient for the Judges of the Provincial Appeal Court to consider only whether there is any evidence to support the conviction.

Of course, if the judges of the majority had held that their function was only to decide whether there was evidence, this would be reversible error. The Code expressly provides that the appeal may be allowed, not only when the verdict cannot be supported by the evidence but also when it is unreasonable. In other words, the Court of Appeal must satisfy itself not only that there was evidence requiring the case to be submitted to the jury, but also that

pel, est dissident en ce qui concerne le rôle de la Cour prévu au sous-al. (i) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 613 du Code criminel.

Le pourvoi devant cette Cour a été interjeté en vertu de l'al. a) de l'art. 618.1 aux termes duquel une personne déclarée coupable peut interjeter appel «sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident».

A mon avis, les motifs de jugement exposés par les Juges d'appel Branca et Taggart au nom de la majorité, et par le Juge d'appel Robertson, dissident, montrent clairement que la dissidence ne porte pas sur une question de droit mais seulement sur l'application de la loi. C'est la raison pour laquelle on a trouvé impossible de préciser, ainsi que l'exige l'art. 606, les motifs de droit sur lesquels repose la dissidence.

L'avocat de l'accusé, dans sa plaidoirie complète et minutieuse, n'a pu également formuler une question de droit découlant de la dissidence. Voici comment il a exposé le point dans le mémoire résumant ses prétentions:

[TRADUCTION] L'erreur de droit alléguée est que la majorité de la Cour d'appel a mal envisagé son rôle prévu à l'art. 613.

Nous prétendons que la majorité n'a pas tiré ses propres conclusions d'après le poids de la preuve comme elle doit le faire dans un appel interjeté en vertu de l'art. 613, par. (1), al. a), sous-al. (i).

L'appelant prétend que sous le régime de cet article, il peut, en droit, exiger que la Cour d'appel provinciale arrive judiciairement à sa propre opinion, après examen de toute la preuve.

Il ne suffit pas que les juges de la cour d'appel provinciale considèrent seulement si la déclaration de culpabilité s'appuie sur une preuve quelconque.

Naturellement, si les juges de la majorité avaient jugé que leur rôle était seulement de déterminer s'il y avait preuve à l'appui du verdict, il y aurait là erreur donnant lieu à cassation. Le code prévoit expressément que l'appel peut être admis, non seulement lorsque le verdict est rendu sans aucune preuve mais également lorsqu'il est déraisonnable. En d'autres termes, la Cour d'appel doit s'assurer non seulement qu'il existe une preuve exigeant que l'aff

the weight of such evidence is not so weak that a verdict of guilty is unreasonable. This cannot be taken to mean that the Court of Appeal is to substitute its opinion for that of the jury. The word of the enactment is "unreasonable", not "unjustified". The jurors are the triers of the facts and their finding is not to be set aside because the judges in appeal do not think they would have made the same finding if sitting as jurors. This is only to be done if they come to the conclusion that the verdict is such that no twelve reasonable men could possibly have reached it acting judicially.

I cannot read the reasons of the majority judges as implying that they did not apply the proper test and solely considered whether there was evidence. The two grounds of appeal dealing with this point were stated as follows in the notice of appeal:

3. The verdict of the jury should be set aside on the ground that it is unreasonable and perverse and such that no twelve men, properly directed, should reasonably have found.
4. The verdict of the jury should be set aside on the ground that it cannot be supported by the evidence.

On these, Branca J.A. said:

This Court cannot retry this case or substitute itself for the jury and find facts. That was the particular task of the jury. The function of this Court is purely to review the evidence and the directions of the learned trial Judge to the jury and to see whether or not the evidence reasonably supported the finding of the jury and to satisfy itself that the charge of the learned trial Judge was free of misdirection or non-direction and fairly related the evidence to the issues to be solved by the jury.

Can it be said that the verdict of the jury in this case is perverse, that is, that the verdict is so patently unreasonable and unjust as to satisfy this Court that

faire soit soumise au jury, mais également que le poids de cette preuve n'est pas si faible qu'un verdict de culpabilité soit déraisonnable. Cela ne veut pas dire que la Cour d'appel doit substituer son opinion à celle du jury. Le texte de loi dit bien «déraisonnable», et non pas «injustifié». Ce sont les membres du jury qui jugent les faits et leur conclusion ne doit pas être écartée simplement parce que les juges de la cour d'appel ne pensent pas qu'ils auraient eux-mêmes abouti à la même conclusion s'ils avaient siégé comme membres du jury. La conclusion du jury ne peut être rejetée que si la Cour d'appel arrive à la conclusion que le verdict est tel qu'aucun jury composé de douze hommes raisonnables jugeant de façon judiciaire n'aurait pu aboutir au verdict rendu.

Je ne peux interpréter les motifs des juges de la majorité comme impliquant qu'ils n'ont pas appliqué le critère approprié et ont recherché seulement s'il y avait une preuve à l'appui du verdict. Les deux griefs d'appel sur ce point ont été exposés comme suit dans l'avis d'appel:
[TRADUCTION]

3. Le verdict du jury doit être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable et inique et qu'aucun jury de douze hommes ne l'aurait rendu après avoir reçu les directives appropriées.
4. Le verdict du jury doit être rejeté pour le motif qu'il ne peut pas s'appuyer sur la preuve.

Au sujet de ces griefs, le Juge d'appel Branca a déclaré:

[TRADUCTION] Cette Cour ne peut pas juger à nouveau cette affaire ou se substituer au jury et tirer des conclusions de fait. Cette tâche incombe au jury. Le rôle de cette Cour est simplement d'examiner la preuve et les directives du savant juge de première instance au jury et de voir si, oui ou non, la conclusion du jury pouvait raisonnablement s'appuyer sur la preuve, et de s'assurer qu'il n'y a dans l'exposé du savant juge de première instance aucune directive erronée ou absence de directive et que l'exposé rattache suffisamment la preuve aux questions que le jury devait trancher.

Peut-on dire que le verdict du jury dans la présente affaire est inique, c'est-à-dire que le verdict est si manifestement déraisonnable et injuste que cette

no reasonable jury of twelve men, considering the evidence as a whole and acting judicially in accordance with judicial instructions, would reach the verdict in question? It is only on this basis that a verdict given by a jury may be considered as perverse. However, a verdict cannot be said to be perverse where there is evidence to support the conclusion arrived at by the jury particularly where the instructions from the learned trial Judge are as full and as fair and as lucid as they were in the instant case.

In my view, there is nothing from which it might be deduced that the learned judge only considered whether there was evidence. If there had been no evidence, it would have been the duty of the trial judge to withhold the case from the jury. This is not what was considered. The point dealt with assumed that the case was properly before the jury. It was asked in effect whether they could reasonably answer "Guilty" and, in my opinion, that was the proper test before the Court of Appeal.

At the end of his reasons, Branca J.A. added:

.... The accused did not testify. He was under no duty to do so and was entitled to rely upon the presumption of innocence and the fact that the Crown had to prove his guilt beyond a reasonable doubt. *The fact that he did not testify did not relieve the Crown of the duty of proving his guilt beyond a reasonable doubt, but where as here there was evidence of a direct nature which inculpated him and which the jury accepted as truthful then this Court may well consider his failure to testify as a factor in disposing of this appeal.*

Assuming that the correctness of that statement is a question of law that may be considered on this appeal, I can find no reason for disagreeing with it. Section 4.5 of the *Canada Evidence Act* provides that the failure of a person charged "shall not be made the subject of comment by the judge, or by counsel for the prosecution", it does not prevent the jury from taking the fact into account without being told. No one can reasonably think that a jury will fail,

Cour devrait être convaincue qu'aucun jury de douze hommes raisonnables considérant l'ensemble de la preuve et jugeant de façon judiciaire ne le rendrait? C'est seulement sur cette base qu'un verdict rendu par un jury peut être considéré comme inique. Mais on ne peut dire d'un verdict qu'il est inique, lorsqu'il y a une preuve sur laquelle peut s'appuyer la conclusion du jury, spécialement lorsque les directives du savant juge de première instance sont aussi complètes, aussi équitables et aussi lucides qu'elles l'ont été dans la présente affaire.

A mon avis, rien ne permet de déduire que le savant juge a considéré seulement la question de savoir s'il y avait une preuve à l'appui du verdict. S'il n'y avait eu aucune preuve, le devoir du savant juge de première instance aurait été de ne pas soumettre au jury l'examen de l'affaire. Ce n'est pas la question qui a été examinée. Le point traité reposait sur la prémissé que l'affaire avait été à bon droit soumise au jury. Ce qu'on s'est demandé, en fait, c'est si le jury pouvait raisonnablement répondre «coupable», et, à mon avis, c'était le critère voulu en Cour d'appel.

A la fin de ses motifs, le Juge d'appel Branca a ajouté:

[TRADUCTION] L'accusé n'a pas témoigné. Il n'était absolument pas tenu de le faire et il avait le droit de s'appuyer sur la présomption d'innocence et le fait que la poursuite devait prouver sa culpabilité au-delà d'un doute raisonnable. *Le fait qu'il n'ait pas témoigné n'a pas déchargé la poursuite du devoir de prouver sa culpabilité au-delà d'un doute raisonnable, mais quand, comme dans le cas présent, une preuve directe inculpe l'accusé, preuve que le jury a acceptée comme vraie, alors cette Cour peut très bien considérer son abstention de rendre témoignage comme un facteur qui entre en ligne de compte pour décider du sort de l'appel.*

En présumant que l'exactitude de cet énoncé soit une question de droit qui peut être considérée dans le présent pourvoi, je ne trouve aucune raison de le contester. L'article 4.5 de la *Loi sur la preuve au Canada* porte que l'abstention d'une personne accusée «ne peut faire le sujet de commentaires par le juge ou l'avocat de la poursuite», il n'empêche pas le jury de tenir compte du fait sans qu'on le lui demande. Nul ne peut raisonnablement penser qu'un jury man-

in reaching a verdict, to take into account the failure of the accused to testify, specially in a case like this. This being so, it is a fact properly to be considered by the Court of Appeal when dealing with the question: "Is this a reasonable verdict?"

The other opinion for the majority was given by Taggart J.A. With respect to the reasonableness of the verdict, he said:

Undoubtedly there was evidence tending to weaken Mrs. MacDonald's evidence of identification but in the final analysis it was for the jury, after directions from the presiding Judge which I can only describe as being scrupulously fair to the appellant, to decide whether to accept or reject the evidence of identification. In these circumstances I cannot say that the jury were perverse in accepting evidence of identification nor is this a case where this Court should apply the provisions of Code s. 613(1)(a)(i).

From this it is abundantly clear that the learned judge did not confuse the function of the Court in considering the reasonableness of a verdict with its function in deciding whether there was any evidence at all. Therefore, neither he nor Branca J.A. differed in law from the view expressed by the dissenting judge, Robertson J.A., who said:

It being the duty of the court to reach a conclusion whether the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence, the court must consider the weight of the evidence. Here undoubtedly the court can properly be influenced by the weight that the jury must have given to it (particularly where there is conflict between the evidence of different witnesses *but this does not relieve the court of the duty to reach its own conclusion*). For the court to say, "Yes, it is our conclusion that the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence, *but the jury is the finder of facts and obviously thought that the verdict was reasonable and could be so supported, and so we shall not interfere*" is, in my opinion, to exercise the Court's function in something less than a judicial fashion. In the final analysis, it is an abdica-

quera, en rendant un verdict, de tenir compte de l'abstention de l'accusé de témoigner, spécialement dans un cas comme celui-ci. Cela étant, il s'agit d'un fait que la Cour d'appel considère à bon droit lorsqu'elle répond à la question: «Est-ce là un verdict raisonnable?»

L'autre avis exprimé au nom de la majorité a été donné par le Juge d'appel Taggart. Au sujet du caractère raisonnable du verdict, il a déclaré:

[TRADUCTION] Incontestablement, il y avait des éléments de preuve tendant à affaiblir la preuve d'identification faite par M^{me} MacDonald, mais, en dernière analyse, il appartenait au jury de décider s'il devait accepter ou rejeter la preuve d'identification, après avoir entendu les directives données par le président du tribunal, directives que je décrirai simplement comme scrupuleusement équitables pour l'appelant. En l'espèce, je ne peux pas affirmer que le jury s'est montré inique en acceptant la preuve d'identification et il ne s'agit pas non plus d'une affaire dans laquelle cette Cour devrait appliquer les dispositions de l'art. 613, par. (1), al. a), sous-al. (i), du Code.

Il ressort donc très clairement de ce qui précède que le savant juge n'a pas confondu le rôle que la Cour doit assumer lorsqu'il s'agit de considérer le caractère raisonnable d'un verdict, avec celui qui lui appartient lorsqu'il s'agit de déterminer s'il n'y a pas de preuve du tout. Par conséquent, ni lui et ni le Juge d'appel Branca n'ont été, sur le droit, en désaccord avec le point de vue exprimé par le juge dissident, le Juge d'appel Robertson, qui a déclaré:

[TRADUCTION] Étant donné que la Cour a le devoir de décider si le verdict est déraisonnable ou ne peut s'appuyer sur la preuve, elle doit considérer le poids de la preuve. En l'espèce, il est incontestable que la cour peut être à bon droit influencée par le poids que le jury a dû lui donner (en particulier lorsqu'il y a conflit entre les témoignages de témoins différents), mais cela ne décharge pas la cour de l'obligation d'arriver à sa propre conclusion. Le fait pour la cour de dire, «Oui, c'est notre conclusion que le verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve, mais le jury est le juge des faits et il est évident qu'il a pensé que le verdict est raisonnable et peut s'appuyer sur la preuve, et donc nous n'interviendrons pas», équivaut, à mon avis, à remplir le rôle de la Cour d'une manière qu'on ne peut qualifier de judiciaire.

tion by the Court in favour of the jury, an abnegation by the Court of its judicial duty. By such an attitude the Court is declining to give effect to conclusion and opinion that the appellant was entitled to have it arrive at.

I do not read the above as meaning that the duty of the Court of Appeal is to reach its opinion on the basis of what its members think they would have decided if sitting as the jury so that, if they are not convinced that they would have rendered the same verdict, they are to find it unreasonable. If that is what the learned judge meant, then I must disagree with him because that is not the proper test. As previously noted, the question is whether the verdict is unreasonable, not whether it is unjustified. The function of the court is not to substitute itself for the jury, but to decide whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered.

I do not find it necessary to review the authorities cited by Robertson J.A. because none of them appears to me to differ from what I have stated to be the proper view of the law and it does not appear to me that the learned judge intended to depart. In my view, his dissent was solely based on a different view of the facts, which he expressed in the closing paragraph of his reasons in the following words:

Summing up my view, the testimony put forward in support of the Crown's case was too unsafe, its nature was too dubious, to rest a conviction on it, and the verdict was, therefore, unreasonable and not supported by the evidence.

I would dismiss the appeal.

The judgment of Spence and Laskin JJ. was delivered by

LASKIN J. (*dissenting*)—There are two issues in this appeal by the accused from the affirmation by the British Columbia Court of Appeal (Branca and Taggart JJ.A., Robertson J.A. dissenting) of his conviction of non-capital murder.

En dernière analyse, la Cour se trouve à abdiquer en faveur du jury, à renoncer à l'accomplissement de son devoir judiciaire. Par une telle attitude, la Cour refuse de donner effet à la conclusion et à l'avis auxquels l'appelant a le droit de s'attendre qu'elle arrive.

Je ne pense pas que ce que je viens de citer signifie que le rôle de la Cour d'appel soit de statuer selon ce que ses membres pensent qu'ils auraient décidé s'ils avaient siégé en tant que jury, de telle sorte que, s'ils ne sont pas convaincus qu'ils auraient rendu le même verdict, ils doivent le trouver déraisonnable. Si c'est ce qu'a voulu dire le savant juge, alors je dois être en désaccord avec lui car ce n'est pas le critère voulu. Comme on l'a déjà signalé, la question est de savoir si le verdict est déraisonnable, non s'il est injustifié. Le rôle de la Cour n'est pas de se substituer au jury mais de décider si le verdict est l'un de ceux qu'un jury qui a reçu les directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre.

Je n'estime pas qu'il soit nécessaire de passer en revue les précédents cités par le Juge d'appel Robertson étant donné qu'aucun de ceux-ci ne me semble aller à l'encontre de ce que j'ai dit être le principe juridique applicable, et il ne semble pas que le savant juge ait voulu s'en écarter. A mon avis, sa dissidence est fondée seulement sur une manière différente de voir les faits, ce qu'il a exprimé dans l'alinéa final de ses motifs dans les termes suivants:

[TRADUCTION] En résumé, mon point de vue est que le témoignage présenté à l'appui des allégations de la poursuite est trop peu sûr, il est de par sa nature trop douteux, pour qu'une déclaration de culpabilité puisse en dépendre, et le verdict est, par conséquent, déraisonnable et ne s'appuie pas sur la preuve.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Le jugement des Juges Spence et Laskin a été rendu par

LE JUGE LASKIN (*dissident*)—Il y a deux questions en litige dans le pourvoi interjeté par l'accusé à l'encontre de la confirmation par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les Juges Branca et Taggart, le Juge Robertson

The first issue is a jurisdictional one, involving the authority of this Court to entertain the appeal under s. 618(1)(a) of the *Criminal Code*. The second issue, which arises only if there is jurisdiction, is whether this Court should properly dispose of the appeal on the merits of the substantive contentions or whether, if there be error in law in the position taken and the disposition made by the majority of the British Columbia Court of Appeal, the case should be remitted to that Court or there should be a new trial. Counsel for the accused and for the Crown in this Court were at one in stating that if there was such error in the provincial appellate Court as to give this Court authority to intervene, the case should go back to the provincial appellate Court to be dealt with on a proper application of s. 613(1)(a) (i) of the *Criminal Code*. It is in respect of this provision that the question of jurisdiction of this Court to entertain the appeal under s. 618(1)(a) arises.

Section 618(1)(a) reads as follows:

A person who is convicted of an indictable offence other than an offence punishable by death and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents, . . .

Whether there has been a dissent by Robertson J.A. on a question of law may be gleaned both from the formal judgment of the British Columbia Court of Appeal and from the reasons for judgment of the three members of that Court who sat on the accused's appeal from his conviction.

The formal judgment, so far as relevant, is in these words:

This Court Doth Order and Adjudge that . . . the appeal from conviction aforesaid be and the same is hereby dismissed, the Honourable Mr. Justice Robertson who would have allowed the appeal dissenting

ayant été dissident) de la déclaration de culpabilité de meurtre non qualifié prononcée contre lui. La première question est une question de compétence mettant en cause l'autorité de cette Cour à connaître de l'appel en vertu de l'art. 618, par. (1), al. a), du *Code criminel*. La seconde question, qui ne se pose que s'il y a compétence, consiste à savoir si cette Cour doit trancher le pourvoi d'après le bien-fondé des prétentions de fond ou si, advenant une erreur de droit dans le point de vue et la décision de la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, cette Cour doit renvoyer l'affaire devant la Cour d'appel ou décider la tenue d'un nouveau procès. En cette Cour, l'avocat de l'accusé et celui de la Couronne ont été d'accord pour dire que s'il y a eu dans la Cour d'appel provinciale une erreur de nature à donner à cette Cour l'autorité d'intervenir, l'affaire doit être renvoyée devant la Cour d'appel provinciale pour décision conforme à une juste application de l'art. 613, par. (1), al. a), sous-al. (i), du *Code criminel*. C'est relativement à cette disposition que se pose la question de la compétence de cette Cour à connaître de l'appel en vertu de l'art. 618, par. (1), al. a).

L'art. 618, par. (1), al. a) est libellé comme suit:

Une personne déclarée coupable d'un acte criminel autre qu'une infraction punissable de mort et dont la condamnation est confirmée par la Cour d'appel, peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident, . . .

Pour savoir s'il y a dissidence du Juge d'appel Robertson sur une question de droit, on peut se reporter tant au jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qu'aux motifs de jugement des trois membres de cette Cour-là qui ont entendu l'appel de l'accusé à l'encontre de la déclaration de culpabilité prononcée contre lui.

Le jugement, dans la mesure où il est pertinent, est rédigé en ces termes:

[TRADUCTION] Cette Cour décide et ordonne: . . . l'appel de la déclaration de culpabilité susdite est par ces présentes rejeté; l'honorables Juges Robertson, qui aurait accueilli l'appel, est dissident en ce qui con-

with respect to the function of the Court under subparagraph 613(1)(a)(i) of the Criminal Code.

Section 613(1)(a)(i) is as follows:

On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit, on account of insanity, to stand his trial, or against a special verdict of not guilty on account of insanity, the court of appeal

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

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

What is said by counsel for the appellant to be the question of law upon which Robertson J.A. dissented is the misinterpretation of s. 613(1)(a)(i) in the exercise by the majority of the British Columbia Court of Appeal of its function thereunder. In considering this issue, it is necessary to avoid blurring it by reliance on the unobjectionable (and in this case, indeed, exemplary) charge of the trial judge to the jury. Whether the trial judge has properly discharged his function is one thing, and is not disputable here; whether the Court of Appeal has done so is quite a different thing.

There is a similar need, on the question under consideration, of distinguishing the function of the jury and the function of the Court of Appeal in examining the jury's verdict under the prescriptions of s. 613(1)(a)(i). If there is no evidence upon which a properly-instructed jury could convict, that would raise a question of law under s. 613(1)(a)(ii); and, moreover, if at the close of the Crown's case the trial judge concludes that there is no case to go to the jury he would direct that a verdict of acquittal be entered. However, if the case goes to the jury, either after election by the accused not to offer evidence (as in this case) or after evidence is also given by the defence, the fact that the jury convicts on the evidence is not, *ipso facto*, determinative of the inapplicability of s.

cerne le rôle de la Cour prévu au sous-al. (i) de l'al. *a* du par. (1) de l'art. 613 du Code criminel.

L'article 613, par. (1), al. *a*, sous-al. (i), est libellé comme suit:

Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict portant que l'appelant est incapable de subir son procès, pour cause d'aliénation mentale, ou d'un verdict spécial de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale, la cour d'appel

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

Ce que l'avocat de l'appelant dit être la question de droit sur laquelle le Juge d'appel Robertson a été dissident, c'est l'interprétation erronée de l'art. 613, par. (1), al. *a*, sous-al. (i), donnée par la majorité des membres de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique lorsqu'elle a rempli le rôle qui lui revient en vertu de cette disposition. Dans l'examen de cette question, il faut éviter de l'embrouiller en invoquant les directives inattaquables (et en l'espèce, exemplaires) que le juge de première instance a données au jury. C'est une chose que de se demander si le juge de première instance a bien rempli son rôle, ce qu'on ne peut contester ici; c'est toute autre chose de se demander si la Cour d'appel a fait de même.

La question sous examen exige de même que l'on fasse une distinction entre le rôle du jury et le rôle qui incombe à la Cour d'appel dans son examen du verdict du jury sous le régime des prescriptions de l'art. 613, par. (1), al. *a*, sous-al. (i). S'il n'y a pas de preuve sur laquelle un jury qui a reçu les directives appropriées pourrait fonder son verdict, cela soulève une question de droit sous le régime de l'art. 613, par. (1), al. *a*, sous-al. (ii); et, en outre, si à l'issue de la preuve de la Couronne le juge de première instance conclut qu'il n'y a pas d'affaire à soumettre au jury, il ordonne qu'un verdict d'acquittement soit rendu. Cependant, si l'affaire est soumise au jury, soit après que l'accusé a choisi de ne pas présenter de preuve (comme dans la présente affaire) soit après que

613(1)(a)(i). The difference between the question whether there is *any* evidence upon which a jury may convict and the question whether "the verdict is unreasonable or cannot be supported by *the evidence*" (and I emphasize the words "any" and "the") is not only the difference between s. 613(1)(a)(ii) and s. 613(1)(a)(i) but is the central matter that must engage the provincial appellate Court when its jurisdiction is invoked on an appeal from conviction on the grounds stated in s. 613(1)(a)(i). Otherwise, the invocation of the provincial appellate Court's power under s. 613(1)(a)(i) becomes an exercise in futility and obliges an appellant to limit himself or herself to resort to s. 613(1)(a)(ii) on a question of law.

The distinction that I have noted in the powers vested in the provincial appellate Court under s. 613(1)(a)(i) and (ii) has been part of the *Criminal Code* since the introduction of those provisions, in substantially the same wording, by 1923 (Can.), c. 41, s. 9. The fact that it would generally be a narrow jurisdiction that a provincial appellate Court would exercise under s. 613(1)(a)(i) does not permit it to abdicate judgment, however tempting or comforting it would be to rest on a jury's verdict *simpliciter*. Certainly, it could become a nice question of judgment whether the evidence, although sufficient to permit the case to go to a jury, is yet not enough to support the verdict, or whether, on the evidence as a whole the verdict is unreasonable.

The dissent of Robertson J.A. is on this very point, namely, that his brethren of the majority rested their dismissal of the accused's appeal on the ground that there was evidence upon which

la défense a également fait une preuve, le fait que le jury conclut à la culpabilité d'après la preuve n'est pas *ipso facto* déterminant quant à l'inapplicabilité de l'art. 613, par. (1), al. *a*, sous-al. (i). La différence entre la question de savoir s'il y a *une* preuve sur laquelle le jury pouvait rendre son verdict et la question de savoir si «le verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur *la preuve*» (et j'appuie sur les mots «*une*» et «*la*») n'est pas seulement la différence entre les alinéas (ii) et (i) de l'art. 613, par. (1), al. *a*, mais constitue la question centrale qui doit engager la Cour d'appel provinciale lorsque sa compétence est invoquée sur un appel d'une déclaration de culpabilité fondé sur les motifs énoncés à l'art. 613, par. (1), al. *a* sous-al. (i). Autrement, invoquer le pouvoir que la Cour d'appel provinciale possède en vertu de l'art. 613, par. (1), al. *a*, sous-al. (i), devient futile et oblige un appellant ou une appelante à limiter son recours à l'art. 613, par. (1), al. *a*, sous-al. (ii), qui prévoit un appel sur une question de droit.

La distinction que j'ai notée dans les pouvoirs attribués à la Cour d'appel provinciale par les sous-al. (i) et (ii) de l'art. 613, par. (1), al. *a*, fait partie du *Code criminel* depuis l'introduction de ces dispositions, libellées sensiblement dans les mêmes termes, par l'art. 9 du c. 41 des statuts de 1923 (Canada). Le fait que, d'une manière générale, la Cour d'appel provinciale n'exercerait qu'une compétence étroite en vertu de l'art. 613, par. (1), al. *a*, sous-al. (i), ne permet pas à celle-ci de renoncer à rendre un jugement, si tentant ou réconfortant que cela puisse être de s'en remettre à un simple verdict du jury. A coup sûr, deviendrait une question de jugement intéressante la question de savoir si la preuve, bien que suffisante pour permettre de soumettre l'affaire au jury, ne l'est cependant pas assez pour appuyer le verdict, ou la question de savoir si, d'après la preuve dans son ensemble, le verdict est déraisonnable.

La dissidence du Juge d'appel Robertson porte essentiellement sur ce point, à savoir, que ses collègues de la majorité ont basé le rejet de l'appel interjeté par l'accusé sur le motif qu'il y

the jury could convict. I read their reasons to say exactly that, whether they meant it or not.

The matter before this Court does not arise in a trivial case, although I hasten to say that it should make no difference whether an accused is here, on the point under discussion, in a matter as grave as non-capital murder or in one infinitely lighter. It arises, moreover, not upon a verdict based upon a conflict of oral testimony as to whether what the accused did amounted to non-capital murder but, rather, upon the identification of the accused by the wife of the victim, uncorroborated in any particular save by her reiteration, and with her evidence of the occurrence completely shaken by the evidence of various physical facts which simply do not square with her narrative. The trial judge said in the course of his charge that "the Crown's case is difficult and seems to me a bit puzzling". There was no motive for the accused to kill the victim; and the trial judge rightly added in this connection that "where there is no motive proved the effect is to make it that much less likely that the man is the man who killed".

Of course, to convict, the jury must have accepted the identification evidence; it must have treated the wife of the victim as a credible witness in that respect. But the credibility of a witness to a jury cannot alone invalidate the contention that their verdict is unreasonable or cannot be supported on the evidence as a whole. It is my view that this is the mistake that the majority of the Court of Appeal made in their approach to s. 613(1)(a)(i).

avait preuve sur laquelle le jury pouvait se fonder pour rendre un verdict de culpabilité. Suivant mon interprétation, c'est exactement ce que disent leurs motifs, que ce soit ce qu'ils aient voulu dire ou non.

La question dont cette Cour est saisie ne se présente pas dans une affaire insignifiante, bien que je m'empresse d'ajouter que le fait que l'accusé soit devant nous, sur la question en litige, dans une affaire aussi grave qu'une affaire de meurtre non qualifié, ou qu'il le soit dans une affaire infiniment moins grave, ne devrait faire aucune différence. La question dont nous sommes saisis découle, en outre, non pas d'un verdict fondé sur un conflit de témoignages quant à la question de savoir si l'action commise par l'accusé équivaut à un meurtre non qualifié, mais, plutôt, de l'identification de l'accusé par la femme de la victime, identification qui n'est corroborée sur aucun de ses éléments si ce n'est pas la version réitérée de la femme, pendant que le témoignage de celle-ci sur l'événement est complètement ébranlé par la preuve de divers faits matériels qui ne cadrent tout simplement pas avec son récit. Le juge de première instance a dit au cours de son exposé au jury que [traduction] «la preuve de la Couronne est difficile et me rend un peu perplexe». L'accusé n'avait aucun motif de tuer la victime; et le juge de première instance a à bon droit ajouté à ce propos que «lorsqu'on ne peut établir aucun motif, cela a pour effet de rendre moins vraisemblable d'autant que l'accusé est celui qui a tué».

Naturellement, pour rendre un verdict de culpabilité le jury a dû accepter la preuve d'identification; il a dû considérer la femme de la victime comme un témoin digne de foi à cet égard. Mais le fait qu'un témoin soit, pour un jury, digne de foi, ne suffit pas à lui seul à infirmer la prétention suivant laquelle le verdict du jury est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve dans son ensemble. C'est là, à mon avis, l'erreur que la majorité de la Cour d'appel a commise dans sa façon d'aborder l'art. 613, par. (1), al. a), sous-al. (i).

The reasons of both Branca J.A. and of Taggart J.A. explicitly recognize the incompatibility of the physical evidence, as, for example, where in the room the victim was found after the fatal shooting and where blood was found, with the testimony of the victim's wife as to what happened after she admitted the person, said by her to be the accused, to the motel unit occupied by her and her husband. Branca J.A. dealt with s. 613(1)(a)(i) as follows:

Can it be said that the verdict of the jury in this case is perverse, that is, that the verdict is so patently unreasonable and unjust as to satisfy this Court that no reasonable jury of twelve men, considering the evidence as a whole and acting judicially in accordance with judicial instructions, would reach the verdict in question? It is only on this basis that a verdict given by a jury may be considered as perverse. However, a verdict cannot be said to be perverse where there is evidence to support the conclusion arrived at by the jury particularly where the instructions from the learned trial Judge are as full and as fair and as lucid as they were in the instant case.

This, in my view, is patent error which is underlined in the following portion of the dissenting reasons of Robertson J.A.:

It being the duty of the court to reach a conclusion whether the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence, the court must consider the weight of the evidence. Here undoubtedly the court can properly be influenced by the weight that the jury must have given to it (particularly where there is conflict between the evidence of different witnesses), but this does not relieve the court of the duty to reach its own conclusion. For the court to say, "Yes, it is our conclusion that the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence, but the jury is the finder of facts and obviously thought that the verdict was reasonable and could be so supported, and so we shall not interfere" is, in my opinion, to exercise the Court's function in something less than a judicial fashion. In the final analysis, it is an abdication by the Court in favour of the jury, an abnegation by the Court of its judicial duty. By such an attitude the Court is declining to give effect to

Les motifs des Juges d'appel Branca et Taggart reconnaissent de manière explicite l'incompatibilité qui existe entre la preuve matérielle, par exemple, la preuve qui a trait à l'endroit où la victime a été découverte dans la pièce après le coup de feu fatal et la preuve qui a trait à l'endroit où du sang a été trouvé, et le témoignage de la femme de la victime sur ce qui s'est passé après qu'elle eut fait entrer dans la chambre du motel qu'elle occupait avec son mari la personne qu'elle a affirmé être l'accusé. Le Juge d'appel Branca a traité comme suit du sous-al. (i) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 613:

[TRADUCTION] Peut-on dire que le verdict du jury dans la présente affaire est inique, c'est-à-dire, que le verdict est si manifestement déraisonnable et injuste que cette Cour devrait être convaincue qu'aucun jury de douze hommes raisonnables considérant l'ensemble de la preuve et jugeant de façon judiciaire ne le rendrait? C'est seulement sur cette base qu'un verdict rendu par un jury peut être considéré comme inique. Mais on ne peut dire d'un verdict qu'il est inique, lorsqu'il y a une preuve sur laquelle peut s'appuyer la conclusion du jury, spécialement lorsque les directives du savant juge de première instance sont aussi complètes, aussi équitables et aussi lucides qu'elles l'ont été dans la présente affaire.

Cela, à mon avis, est manifestement erroné, ce que souligne la partie suivante des motifs dissidents du Juge d'appel Robertson:

[TRADUCTION] Étant donné que la Cour a le devoir de décider si le verdict est déraisonnable ou ne peut s'appuyer sur la preuve, elle doit considérer le poids de la preuve. En l'espèce, il est incontestable que la cour peut être à bon droit influencée par le poids que le jury a dû lui donner (en particulier lorsqu'il y a conflit entre les témoignages de témoins différents), mais cela ne décharge pas la cour de l'obligation d'arriver à sa propre conclusion. Le fait pour la cour de dire, «Oui, c'est notre conclusion que le verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve, mais le jury est le juge des faits et il est évident qu'il a pensé que le verdict est raisonnable et peut s'appuyer sur la preuve, et donc nous n'interviendrons pas», équivaut, à mon avis, à remplir le rôle de la Cour d'une manière qu'on ne peut qualifier de judiciaire. En dernière analyse, la Cour se trouve à abdiquer en faveur du jury, à renoncer à l'accomplissement de son devoir judiciaire. Par une telle attitude,

conclusion and opinion that the appellant was entitled to have it arrive at.

The error of Branca J.A. is compounded by the concluding sentence of his reasons when he said:

The fact that he did not testify did not relieve the Crown of the duty of proving his guilt beyond a reasonable doubt, but where as here there was evidence of a direct nature which inculpated him and which the jury accepted as truthful, then this Court may well consider his failure to testify as a factor in disposing of this appeal.

The reference to failure to testify, if it can have any significance at all on an appeal by an accused, can go only to the dismissal of the appeal on the ground that there was no substantial wrong or miscarriage of justice, a matter that is related not to s. 613(1)(a)(i) but to s. 613(1)(a)(ii) relating to a wrong decision on a question of law. Indeed, in his concluding sentence Branca J.A. reaffirms what I have said is a mistaken view of the function of an appellate Court under s. 613(1)(a)(i); to say, as he does, that the appeal fails because there is evidence inculpating the accused which was accepted by the jury is to disregard the duty fixed by s. 613(1)(a)(i).

Even if the reasons of Taggart J.A. did not disclose the error which is evident in those of Branca J.A., that would not affect the conclusion that the appeal is properly before this Court under s. 618(1)(a). In my opinion, however, they do disclose the same erroneous approach. This is what he said:

Undoubtedly there was evidence tending to weaken Mrs. MacDonald's evidence of identification but in the final analysis it was for the jury, after directions from the presiding Judge which I can only describe as being scrupulously fair to the appellant, to decide whether to accept or reject the evidence of identifica-

la Cour refuse de donner effet à la conclusion et à l'avis auxquels l'appelant avait le droit de s'attendre qu'elle arrive.

L'erreur du Juge d'appel Branca est aggravée par la phrase qui conclut ses motifs:

[TRADUCTION] Le fait qu'il n'ait pas témoigné n'a pas déchargé la poursuite du devoir de prouver sa culpabilité au-delà d'un doute raisonnable, mais quand, comme dans le cas présent, une preuve directe inculpe l'accusé, preuve que le jury a acceptée comme vraie, alors cette Cour peut très bien considérer son abstention de rendre témoignage comme un facteur qui entre en ligne de compte pour décider du sort de l'appel.

La mention que l'accusé n'a pas témoigné, si tant est qu'elle peut avoir une importance quelconque lors d'un appel interjeté par un accusé, peut seulement tendre vers le rejet de l'appel pour le motif d'absence de tort important ou d'erreur judiciaire, un motif qui est relié non pas au sous-al. (i) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 613, mais au sous-al. (ii), relatif à une décision erronée sur une question de droit. En fait, dans la phrase qui conclut ses motifs, le Juge d'appel Branca réaffirme ce que j'ai dit être une conception erronée du rôle d'une cour d'appel sous le régime de l'art. 613, par. (1), al. a), sous-al. (i); affirmer, comme il le fait, que l'appel doit être rejeté parce qu'il y a une preuve inculpant l'accusé et que le jury a acceptée, est méconnaître le devoir établi par l'art. 613, par. (1), al. a), sous-al. (i).

Même si les motifs du Juge d'appel Taggart ne révélaient pas l'erreur qui est évidente dans ceux du Juge d'appel Branca, cela ne pourrait porter atteinte à la conclusion suivant laquelle cette Cour est, sous le régime de l'art. 618, par. (1), al. a), régulièrement saisis de l'appel. A mon avis, cependant, ils révèlent bien la même façon de voir erronée. Voici ce que le Juge Taggart a déclaré:

[TRADUCTION] Incontestablement, il y avait des éléments de preuve tendant à affaiblir la preuve d'identification faite par M^{me} MacDonald, mais, en dernière analyse, il appartenait au jury de décider s'il devait accepter ou rejeter la preuve d'identification, après avoir entendu les directives données par le

tion. In these circumstances I cannot say that the jury were perverse in accepting evidence of identification nor is this a case where this Court should apply the provisions of Code s. 613(1)(a)(i).

This is simply a rejection of the contentions of the appellant under s. 613(1)(a)(i) on the ground that the jury was entitled to accept the identification evidence, and that acceptance accordingly excluded perverseness or any interference with their verdict on the ground that the verdict, on the whole of the evidence, was unreasonable. It is not an assessment by Taggart J.A. of the weight of the evidence, which is included in the duty laid upon the provincial appellate Court by s. 613(1)(a)(i). The members of that Court must surely weigh the evidence in bringing their own judgment to bear on the issue whether the jury's verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence. They are quite entitled to substitute their opinion for that of the jury on that issue.

I have already adverted to the fact that an appellate Court may be reluctant to upset a jury verdict on simply a scrutiny of a lifeless record. Such reluctance must not, however, be translated into a principle of non-reviewability, and this, in my opinion, is what has happened in the present case. I readily agree that it is oversimplification to make the test of interference whether the appellate Court would have given the same verdict. That cannot be known until there has been full reconsideration of the record of evidence upon which the verdict was based. Such reconsideration may very well dispose the appellate Court to say that, although we might not have arrived at the same verdict, we do not think it is unreasonable, nor do we think that it is unsupported by the whole of the evidence. On the other hand, the reconsideration might lead to the conclusion that the verdict should be upset on one or other of the stated grounds.

président du tribunal, directives que je décrirai simplement comme scrupuleusement équitables pour l'appelant. En l'espèce, je ne peux pas affirmer que le jury s'est montré inique en acceptant la preuve d'identification et il ne s'agit pas non plus d'une affaire dans laquelle cette Cour devrait appliquer les dispositions de l'art. 613, par. (1), al. *a*, sous-al. (i), du Code.

C'est là simplement rejeter les prétentions de l'appelant sous l'art. 613, par. (1), al. *a*, sous-al. (i) pour le motif que le jury avait le droit d'accepter la preuve d'identification, et que cette acceptation excluait en conséquence toute iniquité ou toute modification du verdict fondée sur le motif que celui-ci était, d'après l'ensemble de la preuve, déraisonnable. Ce n'est pas là une appréciation par le Juge d'appel Taggart du poids de la preuve, laquelle fait partie du devoir que l'art. 613, par. (1), al. *a*, sous-al. (i) impose à la Cour d'appel provinciale. A coup sûr, les membres de cette Cour-là doivent peser la preuve lorsque leur propre jugement se porte sur la question de savoir si le verdict du jury est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve. Ils ont parfaitement le droit, sur cette question, de remplacer l'opinion du jury par la leur.

J'ai déjà fait allusion au fait qu'une Cour d'appel peut répugner à renverser le verdict d'un jury sur simple examen du dossier, une chose inanimée. Une telle répugnance ne doit pas, cependant, se transformer en un principe de non-révisabilité; à mon avis, c'est ce qui s'est produit dans la présente affaire. J'admetts volontiers que c'est trop simplifier les choses que d'assimiler le critère d'intervention à une question de savoir si la Cour d'appel aurait rendu le même verdict. C'est là une question qui ne peut trouver de réponse qu'après qu'il y a eu réexamen complet de la preuve sur laquelle le verdict s'est appuyé. Ce réexamen peut très bien amener la Cour d'appel à déclarer: bien que nous serions peut-être arrivés à un verdict différent, nous ne pensons pas que le verdict soit déraisonnable, et nous ne pensons pas non plus qu'il ne puisse s'appuyer sur l'ensemble de la preuve. Par contre, le réexamen peut amener la Cour d'appel à conclure que le verdict doit être renversé pour l'un ou l'autre des motifs énoncés.

The difficulty that s. 613(1)(a)(i) presents is in its invitation to verbal formulas which are rationalizations of conclusions reached otherwise. Section 613(1)(a)(i) is a source of power which a provincial appellate Court can use liberally or restrictively. The Supreme Court of Canada cannot monitor that use when the provincial appellate Court has shown that it is its independent assessment that governs, albeit there is understandable acknowledgment of the advantages possessed by the jury. That, however, is not this case.

The majority of the British Columbia Court of Appeal in the present case failed to be responsive to their function under s. 613(1)(a)(i) which was stated by that Court, differently constituted, in *R. v. Inglehart*², where Bull J.A., speaking for the Court, said this (at p. 215):

It is not the function of the Court to retry an appellant or decide his innocence or guilt. That is for the jury. However, it is the duty of the Court to decide whether a verdict of the jury is reasonable, whether it can be supported, having regard to the evidence. It should set aside a verdict of a jury, even if there is some evidence upon which the latter could find guilt, if it is determined that the charge is not proved with a certainty necessary to support a verdict of guilty and on the facts a conviction would be unsafe and the verdict on the whole unsatisfactory.

Branca J.A. took this approach in the later case of *R. v. Mohinder Singh Dhillon*³, as did Robertson J.A. who participated in that appeal. In the present case, Robertson J.A. followed it again but Branca J.A. did not. In following it, Robertson J.A. concluded upon an extensive review of the evidence, both testimonial and physical, that

La difficulté soulevée par le sous-al. (i) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 613 réside dans le fait qu'il invite à des formules verbales qui constituent des rationalisations de conclusions auxquelles on est parvenu autrement. L'art. 613, par. (1), al. a), sous-al. (i), est une source de pouvoir dans laquelle une Cour d'appel provinciale peut puiser à discrédition ou avec restriction. La Cour suprême du Canada ne peut contrôler l'emploi de ce pouvoir lorsque la Cour d'appel provinciale a démontré que c'est son appréciation indépendante qui lui sert de règle, malgré qu'on reconnaisse, et c'est compréhensible, les avantages que possède le jury. Cela, cependant, n'est pas le cas de la présente espèce.

La majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a omis d'exercer comme il se devait, dans la présente affaire, le rôle que prévoit le sous-al. (i) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 613 et que cette Cour-là, différemment composée, a décrit dans l'arrêt *R. v. Inglehart*², où le Juge d'appel Bull, parlant au nom de la Cour, a déclaré (à la p. 215):

[TRADUCTION] Ce n'est pas le rôle de la Cour de juger à nouveau un appellant ou de décider de son innocence ou de sa culpabilité. Cela appartient au jury. Cependant, c'est le devoir de la Cour de déterminer si le verdict du jury est raisonnable, s'il peut trouver un appui, eu égard à la preuve. Elle doit rejeter le verdict du jury, même s'il y a preuve sur laquelle celui-ci pouvait conclure à la culpabilité, s'il est établi que l'accusation n'est pas prouvée avec la certitude nécessaire pour fonder un verdict de culpabilité et que, d'après les faits, une déclaration de culpabilité serait peu sûre et le verdict, dans l'ensemble, non satisfaisant.

Le Juge d'appel Branca a adopté ce point de vue dans l'arrêt subséquent *R. v. Mohinder Singh Dhillon*³, tout comme le Juge d'appel Robertson, qui faisait partie du banc. Dans la présente affaire, le Juge d'appel Robertson a, une nouvelle fois, adopté ce point de vue mais non le Juge d'appel Branca. En ce faisant, le Juge

² [1968] 1 C.C.C. 211.

³ [1973] 1 W.W.R. 510.

² [1968] 1 C.C.C. 211.

³ [1973] 1 W.W.R. 510.

"the testimony put forward in support of the Crown's case was too unsafe, its nature was too dubious, to rest a conviction on it, and the verdict was, therefore, unreasonable and not supported by the evidence". In the result, he would have allowed the appeal, quashed the conviction and directed an acquittal.

In my opinion, the same result should have been reached by the majority, had they exercised their reviewing function under a proper appreciation of the duty demanded of them by s. 613(1)(a)(i). Their error in this respect was on a question of law upon which there was a dissent, and this Court thus has jurisdiction in this appeal. Having that jurisdiction, this Court is empowered by s. 623(1) of the *Criminal Code* to make the order which the provincial appellate Court might have made upon a proper appreciation of the law. In this respect, I can add nothing to what Robertson J.A. has said in his careful judgment, and I would, accordingly, allow the appeal, set aside the conviction and enter a verdict of acquittal. Although counsel for the accused and for the Crown were content to have the case remitted to the Court of Appeal for reconsideration under the view of s. 613(1)(a)(i) which that Court ought to have taken, I see no advantage in doing so in this case.

As a postscript to these reasons, I refer to the recent judgment of the House of Lords in *Stafford v. Director of Public Prosecutions*⁴, in which I find support for my view of the independent function of an appellate Court under s. 613(1)(a)(i). The House of Lords was concerned with s. 2(1) of the *Criminal Appeal Act, 1968* (U.K.), c. 19 which, *inter alia*, directs

d'appel Robertson a conclu, se fondant sur un examen approfondi de la preuve, tant orale que matérielle, que [TRADUCTION] «le témoignage présenté à l'appui des allégations de la poursuite est trop peu sûr, il est de par sa nature trop douteux, pour qu'une déclaration de culpabilité puisse en dépendre, et le verdict est, par conséquent, déraisonnable et ne s'appuie pas sur la preuve». En conséquence, il était d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner l'acquittement.

A mon avis, la majorité aurait dû arriver à la même conclusion, si elle avait exercé son rôle de révision selon une juste évaluation du devoir qui était imposé par l'art. 613, par. (1), al. a), sous-al. (i). Son erreur à cet égard a porté sur une question de droit au sujet de laquelle il y avait dissidence, et cette Cour a donc compétence pour connaître de l'appel. Forte de cette compétence, cette Cour peut, de par l'art. 613, par. (1), du *Code criminel*, rendre l'ordonnance que la cour d'appel provinciale aurait pu rendre selon une juste appréciation du droit. A cet égard, je n'ai rien à ajouter à ce que le Juge d'appel Robertson a déclaré dans son jugement soigneusement rédigé, et je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi, d'inflimer la déclaration de culpabilité et d'inscrire un verdict d'acquittement. Bien que l'avocat de l'accusé et celui de la Couronne aient été disposés à ce que l'affaire fût simplement renvoyée devant la Cour d'appel pour nouvel examen selon la conception de sous-al. (i) de l'al. a) du par. (1) de l'art. 613 que cette Cour-là aurait dû adopter, je ne vois aucun avantage à le faire dans le présent cas.

En guise de post-scriptum, je mentionne le récent jugement de la Chambre des Lords dans l'affaire *Stafford v. Director of Public Prosecutions*⁴, dans lequel je trouve un appui à ma conception du rôle indépendant d'une cour d'appel sous le régime de l'art. 613, par. (1), al. a), sous-al. (i). La Chambre des Lords avait à se prononcer sur l'art. 2, par. (1), du *Criminal*

⁴ [1973] 3 All E.R. 762.

⁴ [1973] 3 All E.R. 762.

the Court of Appeal to allow an appeal from conviction "if they think that the verdict of the jury should be set aside on the ground that under all the circumstances of the case it is unsafe or unsatisfactory". This provision replaced s. 4(1) of the *Criminal Appeal Act*, 1907 (U.K.), c. 23, which was the source of our s. 613(1)(a). Although there is a reference in the reasons of Lord Kilbrandon (reasons were also delivered by Viscount Dilhorne, by Lord Diplock and by Lord Cross of Chelsea) to the view that the 1968 provision may have enlarged the authority of the Court of Appeal beyond that given by the 1907 Act, the reasons of all the Law Lords make it clear that the Court of Appeal in exercising its appellate function is to do so according to what "they think".

The *Stafford* case was one in which fresh evidence was adduced on appeal, and it was in the light of that evidence as well as of the record at trial that the Court of Appeal considered whether the conviction should be set aside as unsafe or unsatisfactory. It declined to do so, and the issue on further appeal was whether it ought to have asked itself whether the jury might have had a reasonable doubt even if the Court of Appeal itself did not. The House of Lords made it quite clear that it was for the Court of Appeal, or for the House of Lords on further appeal as in this case, to make their independent determination.

Lord Kilbrandon did say that, under the 1907 Act, emphasis was laid not so much on unreasonableness of the verdict but on whether it was unsupported by the evidence; and he stated that verdicts which were supported by evidence which in law the jury could accept were held to be unassailable. I do not, as these reasons show, take so narrow a view of the appellate Court's function; and Lord Kilbrandon noted that it would have been possible for the Courts, after

Appeal Act, 1968 (Royaume-Uni), c. 19, qui, entre autres choses, prescrit à la Cour d'appel d'accueillir un appel d'une déclaration de culpabilité (TRADUCTION) «si elle pense que le verdict du jury doit être écarté pour le motif que, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il est peu sûr ou non satisfaisant». Cette disposition remplace l'art. 4, par. (1), du *Criminal Appeal Act*, 1907 (Royaume-Uni), c. 23, qui est à l'origine de notre art. 613, par. (1), al. a). Bien que l'on trouve mention dans les motifs de Lord Kilbrandon (des motifs ont été rédigés également par le vicomte Dilhorne, par Lord Diplock et par Lord Cross de Chelsea) du point de vue suivant lequel la disposition de 1968 peut avoir donné à la Cour d'appel une autorité plus grande que celle conférée par la loi de 1907, les motifs de tous les Lords juristes précisent que la Cour d'appel, dans l'exercice de son rôle de cour d'appel, doit juger selon ce qu'«elle pense».

Dans l'affaire *Stafford*, une preuve nouvelle avait été fournie en appel, et c'est en se fondant sur cette preuve ainsi que sur le dossier de première instance que la Cour d'appel avait examiné la question de savoir si la déclaration de culpabilité devait être infirmée comme peu sûre ou non satisfaisante. Elle avait refusé de ce faire, et la question en litige, dans le pourvoi subséquent, a été de savoir si elle aurait dû se demander si le jury aurait pu avoir un doute raisonnable même si la Cour d'appel n'en avait pas elle-même. La Chambre des Lords a bien précisé que c'était à la Cour d'appel, ou à la Chambre des Lords sur pourvoi subséquent comme c'est le cas ici, qu'il appartenait de trancher en toute indépendance.

Lord Kilbrandon a bien dit que, sous le régime de la loi de 1907, on insistait non pas tant sur le caractère déraisonnable d'un verdict mais sur la question de savoir si celui-ci avait été rendu sans preuve; et il a déclaré que les verdicts qui pouvaient s'appuyer sur une preuve que le jury était fondé en droit à accepter étaient jugés inattaquables. Je n'ai pas, ainsi que les présents motifs le démontrent, adopté une conception aussi étroite du rôle de la cour d'ap-

1907, to have said that if a verdict was unsafe or unsatisfactory it was not reasonable. That is my view, and it is illustrated in the following passage in Lord Kilbrandon's reasons (at p. 769):

A conviction depending solely on the fleeting identification by a single stranger could, for example, have been upheld, though on a different view of the 1907 Act it would have been possible to condemn it as unreasonable, just as today it would very probably be thought unsafe or unsatisfactory, and be set aside on those grounds.

Appeal dismissed, SPENCE and LASKIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Thomas A. Dohm, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Alexander, Guest & Co., Vancouver.

pel; et Lord Kilbrandon a fait remarquer qu'il aurait été possible pour les tribunaux, après 1907, de déclarer que si un verdict était peu sûr ou non satisfaisant, il n'était pas raisonnable. C'est là mon avis, dont le passage suivant des motifs de Lord Kilbrandon (à la p. 769) donne une illustration:

[TRADUCTION] Une déclaration de culpabilité reposant entièrement sur l'identification fugitive que fait une personne qui ne connaissait pas l'accusé aurait pu, par exemple, être maintenue, bien qu'en se fondant sur une conception différente de la loi de 1907 il aurait été possible de la taxer de déraisonnable, tout comme aujourd'hui elle serait fort probablement jugée peu sûre ou non satisfaisante, et serait pour ce motif infirmée.

Appel rejeté, les JUGES SPENCE et LASKIN étant dissidents.

Procureur de l'appelant: Thomas A. Dohm, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Alexander, Guest & Co., Vancouver.